

THÈSE DE
CAEN.
1891
N^o. 3.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

DE L'INSTITUTION D'HÉRITIER

DROIT FRANÇAIS

DES EXÉCUTEURS TESTAMENTAIRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

JULIEN COEVOET

LILLE

IMPRIMERIE LE BIGOT FRÈRES, 68, RUE NATIONALE
9 & 11, rue Nicolas-Leblanc

1891



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

DE L'INSTITUTION D'HÉRITIER

DROIT FRANÇAIS

DES EXÉCUTEURS TESTAMENTAIRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le Jeudi 24 Décembre 1891,
à trois heures et demie du soir.*

PAR

JULIEN COEVOET

PRÉSIDENT : M. DANJON, Professeur.

SUFFRAGANTS	{	MM. CAREL, Professeur.
		VILLEY, Professeur-Doyen.
		Ambroise COLIN, Agrégé.

LILLE

IMPRIMERIE LE BIGOT FRÈRES, 68, RUE NATIONALE
9 & 11, rue Nicolas-Leblanc

1891

DROIT ROMAIN

De l'institution d'héritier

INTRODUCTION

Le droit de tester, c'est-à-dire le droit de faire exécuter sa volonté sur les choses que l'on a en son pouvoir, au moment même où cette volonté s'éteint et où ce pouvoir semble cesser (1), n'est pas au premier abord facile à concevoir ; sa notion paraît délicate et compliquée si on la compare à la plupart des autres actes juridiques. Aussi n'est-il point étonnant qu'un grand nombre de sociétés primitives n'aient pu s'élever jusqu'à cette idée et aient conservé la succession « ab intestat » comme seul mode de transmission des biens par suite de décès.

Cette ignorance de la liberté de disposition par testament s'explique du reste facilement. Dans les temps antiques, on peut généralement constater que la famille prédomine sur l'individu (2). L'homme

(1) « Le testament, dit Ihering, exprime la volonté passée de celui qui est maintenant sans volonté ». — (L'esprit du Droit romain, trad. de Meulenaere, t. I, p. 449).

(2) La famille patriarcale peut-elle être considérée comme présentant les caractères primitifs de la famille dans l'humanité ? — C'est là une question vivement discutée. — Parmi les auteurs les plus récents, prédomine cette idée, qu'il y aurait trois types distincts de famille : famille primitive ou maternelle, famille patriarcale, famille moderne. — Comp. notamment Bourcart sur Muirhead, *Introd. histor.* 575. — Esmein sur Gide : *Etude sur la Condit. privée de la femme*, p. 30. — Q. de Lapouge : *Evolution historique du droit de Succession* (Rev. gén. du Droit, 1886, p. 408 et s.)

est considéré et traité non pas comme personne distincte, mais comme membre d'un groupe auquel il appartient; son individualité disparaît, elle est absorbée par la famille. Celle-ci est une véritable souveraineté qui noue des relations avec des souverainetés analogues (1). Elle est soumise à l'autorité absolue de son chef qui, seul, en est le représentant « et nous pourrions presque dire l'officier public. » (2).

La famille ayant la personnalité juridique, celui qui agit en son nom peut disparaître, un autre membre de la communauté prendra le gouvernement devenu vacant et rien ne sera changé dans les rapports de droit précédemment créés par le défunt. « Chez les Anciens, dit M. Fustel » de Coulanges, la fortune ne passe pas d'une » main dans une autre; elle est immobile comme » le foyer et le tombeau auxquels elle est attachée. » C'est l'homme qui passe. C'est l'homme qui, à » mesure que la famille découle ses générations, » arrive à son heure marquée pour continuer le » culte et prendre soin du domaine. » (3)

L'idée de testament dans un pareil milieu devait donc paraître un sacrilège et une atteinte à la chose commune; elle était en opposition avec les croyances religieuses qui, elles-mêmes, étaient le fondement du droit de propriété et du droit de succession (4).

(1) Milovanowitch : des Sui heredes (thèse), p. 4.

(2) S. Maine : L'Ancien Droit, p. 175.

(3) Fustel de Coulanges : La Cité antique, p. 80.

(4) Fustel de Coulanges : *ibid.* p. 88. — F. Greiff : Les Origines du Testament romain, p. 2.

Une double question se présente donc d'abord à notre esprit : comment et à quelle époque fut-il permis à une personne de désigner un héritier par acte de simple volonté et quel fut l'effet d'un tel acte ?

CHAPITRE PREMIER

De l'institution d'un héritier. Effets de cette institution.

Le testament, avons-nous dit, n'existe pas chez les peuples primitifs. Que l'on consulte les plus anciennes législations, on pourra constater qu'il n'en est point question. Ainsi les lois de Manou, qui traitent longuement des successions, sont muettes relativement au testament. En Grèce, cette institution est inconnue à l'époque de Lycurgue; de même en Germanie à l'époque de Tacite (1).

Le droit romain paraît n'avoir jamais présenté de lacune sur ce point, car différents textes prouvent que dès l'origine de la cité le testament fut en usage (2). Mais nous verrons qu'il ne fut d'abord qu'une exception.

De bonne heure les lois d'Athènes, comme du reste celles de Rome, s'occupèrent d'assurer la perpétuité des familles (3). C'était une question de la plus haute importance de savoir à qui

(1) Tacite : *Germ.* 20. — S. Maine: *Op. cit.* p. 187. — L'origine du droit de tester remonte, pour les Lacédémoniens, à l'époque de l'éphore Epitades (Plutarque : *Vie d'Agis.* V) ; pour les Athéniens, à l'époque de Solon. (Plutarque : *Vie de Solon.* 21).

(2) Aulu-Gelle : VI. 7. — Tite-Live : I, 3; I, 34.

(3) Cicéron : de *Leg.* : II, 49 ; III, 2. — Aulu-Gelle : IV, 3. — Plutarque, Lycurgue.

devait passer la direction du groupe familial lorsque viendrait à disparaître le chef actuel. Il ne faut pas oublier, en effet, qu'à cette époque il s'agissait de régler non seulement la transmission du patrimoine, mais encore et surtout la continuation du culte des ancêtres, « de cette religion des familles qui établit un lien entre les générations passées et celles qui leur survivent » (1), des sacrifices aux mânes des défunts sans lesquels la famille était menacée des fléaux les plus redoutables. Dans ce tout fermé qui constitue la famille, ceux qui ne sont plus jouent encore le rôle le plus important : ils sont dieux et leur culte est le lien même qui unit la famille (2).

Chez les Anciens, le soin d'accomplir les diverses cérémonies funèbres ne pouvait appartenir à toute personne. Il constituait une obligation stricte pour les parents du « de cujus » et particulièrement pour le fils de ce dernier ; celui qui était étranger au défunt ne pouvait s'acquitter utilement des charges de ce culte. Ce fut ainsi que l'on en vint à considérer le célibat comme une impiété et un malheur (3) et que l'on s'efforça d'éviter que la lignée des descendants fût jamais interrompue. Tel devait être du reste le désir le plus ardent du père lui-même, car, si nous en croyons les lois de Manou « par un fils, l'homme gagne les mondes

(1) Duruy : Histoire des Romains, I, 86.

(2) Q. de Lapouge : Loc. cit., p. 431.

(3) Cicéron : de Leg. II, 19. — Denys IX, 22. — Plutarque : Lycurgue.

célestes ; par le fils d'un fils, il obtient l'immortalité ; par le fils du petit-fils, il s'élève au séjour du soleil » (1).

Lorsque par le mariage on n'avait pu avoir un descendant mâle, on n'était point cependant définitivement privé des moyens de se procurer un successeur ; il était alors permis de recourir à des fictions légales. C'est ainsi que chez les Hindous la substitution d'un tiers dans le lit conjugal, le mariage de la fille épicière, l'adoption, avaient pour but de donner au de cujus la possibilité d'acquérir un continuateur de sa famille (2).

Les Grecs renoncèrent à ces détours et suivirent une autre voie. L'adoption proprement dite, employée à cette même fin, présentait à l'origine un ensemble de formalités trop complexe. Ils cherchèrent un procédé plus simple et plus rapide. Bientôt, on admit que la seule désignation de l'héritier devant témoins serait équivalente aux formes jusque-là en vigueur et produirait les mêmes effets. Mais, ici encore, le testament n'a pour objet que la création d'une postérité artificielle : c'est une adoption « in extremis » simplifiée quant à la procédure et permettant au testateur de choisir jusqu'au dernier instant de sa vie celui qu'il veut appeler à sa succession.

C'est donc dans le testament grec que nous trouvons l'origine de la succession testamentaire. Mais combien est restreinte la liberté du de cujus!

(1) Lois de Manou, IX, 137.

(2) S. Maine: Op. cit., p. 184.

C'est seulement en l'absence d'un fils légitime que l'adoption d'une personne en vue de la continuation du défunt avait été admise. L'adopté lui-même, qui ne pouvait être choisi parmi les ascendants de l'adoptant, était incapable de transmettre par testament les biens qu'il avait acquis par son adoption.

De cette sévérité, de ces restrictions naquirent de nombreux abus. L'adoption devint la source des spéculations les plus hardies et, de purement moral qu'il était auparavant, le testament dégénéra en un acte purement pécuniaire. L'héritier cessa d'être le représentant religieux de la famille ; il arriva à n'être en réalité qu'un simple mandataire du défunt, chargé d'accomplir les dernières volontés exprimées par celui-ci (1).

Passons enfin à la législation de Rome.

Comme chez les autres peuples de l'antiquité, nous retrouvons la famille civile formant une espèce de corporation, une société gouvernée par un chef. Celui-ci administre librement le patrimoine commun. Il est le roi du groupe, il en est le prêtre et en devient l'un des dieux quand son ombre va siéger parmi les mânes (2). Omnipotent sur les personnes, il est également omnipotent sur les biens (3). En réalité, comme le dit très bien M. Greiff, « parmi tous les membres de la famille, le père possédait seul la pleine capacité civile, ou plutôt les capacités des autres s'absorbaient dans la sienne » (4). A cette époque

(1) F. Greiff. Op. cit., p. 10-11, 25-32.

(2) Letourneau : L'Evolution du mariage et de la famille, p. 420.

(3) Labbé : Sur les Instituts d'Ortolan, t. III, p. 797.

(4) F. Greiff. Op. cit., p. 39. Comp. Cicéron : de Off. I, 17.

c'est la « patria potestas » qui est le fondement du droit de succession, la parenté naturelle n'est pas prise en considération. C'est dans la puissance paternelle que se trouve le lien qui unit civilement les descendants au « paterfamilias ». Celui-ci possède le patrimoine comme un propriétaire fiduciaire, et sa filiation légitime est considérée comme copropriétaire des biens (1). Le fils qui succède au père n'hérite donc que de lui-même; à proprement parler, il n'y a pas de succession, il y a simplement continuation (2); la famille change de maître, elle persiste diminuée d'un membre et la direction passe seulement à un chef nouveau (3).

Pour ce motif, il fut admis qu'en prévision de son décès, le père de famille qui n'avait aucun descendant direct agirait prudemment en réglant de son vivant la dévolution de son patrimoine pour le temps où il ne serait plus et en pourvoyant à la continuation du service des « sacra privata ». On comprend quelle importance devait avoir cet acte chez un peuple qui se faisait une aussi haute idée des droits du père de famille sur sa descendance. Il y avait, dans cette précaution, un exemple de l'esprit d'ordre et de sage administration que l'on retrouve si souvent chez les anciens Romains (4).

(1) Giraud : Des successions en droit romain (C. R. de l'Acad. des Sc. Mor., année 1879, p. 114, 119).

(2) Fustel de Coulanges. Op. cit. p. 79. Le nom de « sui » donné aux fils et à certains héritiers indique bien que les membres de la famille auxquels il est attribué ne sont même pas à proprement parler des héritiers. Ils n'acquièrent que la liberté d'administration, que l'exercice de leurs droits.

(3) Letourneau : Loc. cit. 420. — Q. de Lapouge : Loc. cit. p. 431-432.

(4) Madwig : L'Etat romain (trad. Ch. Morel) III, p. 218-219.

Le testament est donc encore une des manières de faire passer la maison sous un nouveau chef, c'est un moyen artificiel de maintenir le culte et la famille en l'absence d'héritiers siens et la dévolution des biens résulte seulement, à ce moment, de ce que le gouvernement de la famille emporte avec lui le pouvoir de disposer du capital commun (1). A Rome, il est un caractère que présente toujours le testament, c'est que le désir d'acquérir une descendance ou de transmettre le patrimoine n'est que secondaire. Ce que veut avant tout le disposant, c'est charger un héritier qu'il institue de la continuation de sa personne : c'est du reste seulement par cette institution que le testament acquerra sa valeur.

La loi elle-même avait établi l'ordre dans lequel les membres de la famille du défunt devaient recueillir le patrimoine laissé par celui-ci. Pendant longtemps le droit théocratique a coexisté avec le droit civil, aussi n'est-il point étonnant que tout changement apporté aux dispositions prises par le législateur fût considéré, dans la Constitution primitive des Romains, comme un acte appartenant éminemment à l'ordre public et à l'ordre religieux ; il fallait donc que toute violation de cette loi établie par la religion elle-même fût consommée publiquement, au grand jour (2).

Le testament fut usité dès l'origine de Rome, mais il n'était alors que l'exception ; les mul-

(1) S. Maine : *Op. cit.* p. 185.

(2) Muirhead : *Intr. hist.*, p. 49. — Ortolan : *Instituts*, II, 437-438. — Fustel de Coulanges : *Op. cit.* p. 90.

tibles avantages qu'il présentait en firent bientôt l'une des institutions le plus en honneur (1).

Quel est son caractère, quelle est son importance à l'époque royale? Ce sont là des questions qu'il n'est guère facile de résoudre en l'absence de tout document précis.

Deux modes de tester furent, au dire du jurisconsulte Gaius, d'abord en usage : le testament fait « in calatis comitiis », et le testament « in procinctu ». A ces deux formes s'en ajouta bientôt une troisième, le testament par mancipation.

Ce qu'il est permis de reconnaître à priori dans ces divers procédés, c'est qu'ils supposent une déclaration de volonté devant témoins : la présence de ceux-ci est essentielle et justifie la dénomination de l'acte (2).

Mais il est, d'après la tradition, un autre caractère exigé pour que la disposition de dernière volonté constitue un testament : il faut qu'il y ait une institution d'héritier.

De ces deux conditions naissent pour nous des difficultés, soit qu'il s'agisse de prouver la nécessité de l'institution d'un héritier, soit qu'il s'agisse d'exposer les formes sacramentelles de la confection du testament « in calatis comitiis ».

Indiquons sommairement comment se distin-

(1) « Les Romains, dit M. de Lapouge, ont trouvé dans l'institution du testament, presque inconnu du monde antique ou pour mieux dire du monde entier, un remède puissant aux vices de leur système successoral. » Loc. cit., p. 408.

(2) « Il y a là une remarque d'autant plus importante que les Romains ont l'habitude de désigner les actes juridiques par le trait qui, dans l'origine, leur a paru le plus caractéristique. » (Cuq : Les Institutions juridiques des Romains, p. 281).

guaient les divers modes que nous venons de citer.

Le testament comitial était un acte solennel qui se faisait deux fois par an (1) dans les comices calates, c'est-à-dire en présence du collège des pontifes et du peuple (2).

Ces cérémonies ont leur raison d'être : lorsqu'un disposant nomme une personne étrangère pour lui succéder, il y a une dérogation au principe de la conservation des biens dans les familles.

Les comices ont donc pour mission de sauvegarder l'intérêt des héritiers siens s'ils n'ont pas tous disparu, de rechercher si cet accroissement de puissance pour la maison de l'institué peut être admis sans danger. C'est sur ces points qu'ils ont à délibérer. Il faut dès lors supposer qu'ils avaient à cet égard tout pouvoir d'appréciation, qu'ils se prononçaient sur la validité ou sur l'inefficacité du choix du testateur par un véritable vote. Pour juger en connaissance de cause, l'assemblée devait donc recevoir communication de l'ensemble des dispositions testamentaires ; ce n'est qu'à ce prix qu'elle était en mesure d'évaluer la portée de chacune d'elles (3).

Le peuple n'assistait donc pas à la déclaration publique du contenu du testament comme simple

(1) Marquardt et Mommsen : *Le Droit public romain* (trad. Girard), t. VI-4^e, p. 363.

(2) D'après Cicéron (*Leg. Agr.* II, 41), les « *comitia calata* » seuls avaient connaissance des questions se rapportant aux « *sacra* ». — Aulu-Gelle, XV, 27.

(3) Est-ce pour empêcher les réticences que fut créée la règle « *nemo partim testatus...* » ? Certains l'ont soutenu. (Comp. Ihering, *op. cit.* IV, p. 145-146.

témoin, ainsi qu'on l'a souvent prétendu en arguant de l'étymologie des mots « testamentum, testari », et en soutenant qu'avec l'opinion contraire l'acte de dernière volonté cesse d'être réellement l'œuvre du « de cujus » (1). Il prenait une part active à la confection du testament en même temps qu'il y intervenait comme témoin. Telle est la doctrine généralement admise aujourd'hui et avec d'autant plus de raison qu'il eût été bien étonnant que le peuple romain, pratique par excellence, eût employé un procédé si incommode et si fatigant pour donner au testateur le simple concours du témoignage (2).

Nous n'irons pas cependant jusqu'à dire que ce concours effectif de l'assemblée populaire fut exigé aussi longtemps que la forme comitiale resta en vigueur. Nous pensons que ce droit de contrôle subsista tant que les comices se réunirent; mais lorsque la présence de trente licteurs fut jugée suffisante pour remplacer le peuple, la déclaration publique des dispositions testamentaires ne fut plus qu'une prise à témoin (3).

La seconde forme de testament en usage dès les

(1) Madwig : Op. cit. I, p. 224 et 237. — F. Greiff, p. 51-55. — Comp. Aulu-Gelle XV, 27 et XIII, 15.

(2) Ihering, t. I, p. 147. — Marquardt et Mommsen VI-1^o, p. 363 (note 2) et 364. — Montesquieu : Esprit des Lois : L. 27, chap. I. — Ortolan II, 433. — Accarias : Précis de droit romain I, p. 848. — Fustel de Coulanges, op. cit, p. 90. — S. Maine, p. 189. — Ce qui prouve bien que le testament comitial est une véritable loi, c'est que, comme tout acte législatif, les dispositions testamentaires doivent toujours être conçues en la forme impérative; de plus, à la différence des autres actes émanant des particuliers, le testament permet au « de cujus » d'imposer à son héritier une charge au profit d'un tiers. — Comp. aussi G. II, § 104, qui parle de testament fait « secundum legem publicam ».

(3) Cuj. Inst. jur. p. 536-537.

premiers siècles de Rome était, nous l'avons dit, le testament « in procinctu ». Le chef de famille, exposé à disparaître au cours des hostilités sans laisser d'héritiers siens, pouvait, au moment du combat, indiquer devant quelques-uns de ses compagnons d'armes (1) à quelle personne il entendait transmettre son hérédité.

Le but du testament était d'instituer un héritier autre que les successeurs légitimes et c'est seulement par cette institution que les autres dispositions de l'acte devenaient efficaces. Mais comment cette création d'un successeur nouveau pouvait-elle être réalisée ?

On a soutenu que l'adoption seule pouvait produire ce résultat. Cette doctrine s'appuie sur l'analogie des origines et des croyances entre Grecs et Romains : à Athènes c'est seulement le fils qui peut célébrer le culte de son père défunt ; il devait donc en être de même à Rome, et du jour de la confection du testament l'héritier tombait sous la puissance du disposant, devenait son « heres suus », comme s'il s'était attaché à lui par une adoption (2).

Cette opinion ne nous semble guère vraisemblable. Comment, en effet, supposer que deux institutions nettement distinguées dans tous les textes, l'abrogation et le testament, aient concouru à un seul et même but ? De plus, si l'adoption était réellement la base du testament, ne devrait-elle pas résulter du testament « in procinctu » comme du testament comitial ? Enfin la conséquence nécessaire du sys-

(1) « Et non en présence de l'armée tout entière, ce qui eût été trop long » (Marquardt et Mommsen, t. III, p. 307).

(2) Gans : Das Erbrecht, t. II, p. 50 et s. — Puchta : Coursus der Inst. III, p. 228.

tème que nous repoussons serait de rendre « suus et necessarius » tout institué : or, sauf dans le cas où un père institue son fils (et cette institution est impossible dans la doctrine adverse), aucun document législatif de l'ancienne Rome ne nous permet de faire une telle supposition : l'héritier testamentaire n'est-il pas, au contraire, toujours désigné comme « extraneus » ?

Cependant nous ne nions pas d'une manière absolue la communauté d'origine de ces deux institutions. Pour nous, le testament et l'adoption sont arrivés assez vite à se distinguer l'un de l'autre, mais il n'est pas moins probable qu'au début ils furent entièrement confondus (1). Aussi longtemps que l'esprit familial prédomina dans la société romaine, il fut naturel de soumettre à la sanction du législateur tout ce qui était de nature à apporter quelque modification dans la composition de la famille. Mais lorsque l'on fut entré dans la voie des transformations, lorsque la notion de la propriété individuelle commença à se former, « on écarta la *patria potestas* d'une opération où, à vrai dire, elle n'avait que faire » (2) ; le testament changea complètement d'aspect : il cessa d'être un moyen artificiel destiné à assurer la perpétuité de la famille et du culte, il fut la preuve la plus évidente de l'indépendance de l'individu à l'égard de la famille. Mais si désormais l'affection était le seul mobile auquel obéissait le disposant, il devenait nécessaire d'améliorer la législation et de faciliter à tous la confection des actes de dernière

(1) Certaines expressions employées par les juriconsultes prouvent cette communauté d'origine (*Lex, Legare, Testamento adoptare*).

(2) F. Greiff : *Op. cit.* p. 62.

volonté : telle fut l'une des causes de l'introduction du testament par mancipation.

Avant de passer à l'examen de cette troisième forme, il nous reste à rechercher quelle était dans les premiers siècles de Rome, à l'époque royale, l'étendue des droits du testateur au point de vue de la liberté de disposition. Le plus ancien texte que nous possédions sur cette question date du troisième siècle. Un fragment de la loi des Douze Tables valide les dispositions à cause de mort, mais en l'absence de toute explication sur les concessions accordées par le législateur, que faut-il décider ?

A côté du patrimoine familial, la « familia », s'était peu à peu constitué un patrimoine distinct, celui du père de famille, la « pecunia ». De ces deux catégories de biens, la dernière pouvait faire l'objet de libéralités à cause de mort sans qu'il fût besoin de recourir aux solennités du testament : le père avait toute liberté pour en faire profiter ceux qui occupaient la première place dans son affection. La « familia », au contraire, étant plus spécialement affectée aux besoins des membres du groupe, l'approbation des comices seule était efficace pour que la dévolution pût avoir lieu au profit de tiers. C'est pour cette classe de biens que l'on jugeait nécessaire d'exiger les plus sérieuses garanties, c'est à l'égard de cette « familia » qu'il était indispensable de veiller à ce que les droits des descendants du testateur ne fussent pas méconnus et à ce que les dérogations à l'ordre fixé par la loi ne pussent passer inaperçues.

La portée du testament devait donc varier suivant que le disposant laissait ou non des héritiers siens et en l'absence de ceux-ci le « de cujus », autorisé par le peuple, pouvait disposer en faveur de tout étranger de l'intégralité du patrimoine dont il avait la gestion.

La loi des Douze Tables a-t-elle eu pour effet de donner au « paterfamilias » un pouvoir absolu de disposition à l'égard des deux classes de biens, a-t-elle proclamé la liberté testamentaire la plus complète ? On l'a soutenu avec beaucoup d'autorité et on a prétendu que le texte decemviral avait seulement consacré législativement une situation qui, depuis longtemps, existait en fait.

Cependant, nous n'osons donner à cette loi un tel caractère innovateur et révolutionnaire (1).

C'est en vain, à notre avis, que l'on invoque le témoignage de Pomponius (2) et que l'on s'appuie sur le caractère énergique de la « patria potestas » pour combattre la solution que nous croyons devoir adopter. C'est, dit-on, le « paterfamilias » qui possède le pouvoir absolu sur les membres de la famille, c'est lui seul aussi qui possède le patrimoine : son omnipotence s'établit donc en fait progressivement et la propriété individuelle se présente comme un corollaire naturel, comme une conséquence inévitable de l'autorité du « pater ».

Pour notre part, nous estimons qu'il est impossible de se fonder sur les commentaires des jurisconsultes classiques pour résoudre ce problème ; c'est le fragment de la loi decemvirale

(1) Boissarie : Des formes du testament romain (thèse), p. 31.

(2) L. 120 D. 50-16.

qu'il faut interroger. Or, qu'y trouvons-nous? Le droit accordé au chef de famille de disposer à son gré, sous forme de legs, de la « pecunia » et de la tutelle du patrimoine (1); de la « familia », il n'en est point question. Il ne nous est pas permis, croyons-nous, en présence de ce texte restrictif, de conclure à la liberté absolue de disposition. Que l'on en soit arrivé à donner aux testateurs les droits les plus étendus, c'est là ce qui est certain, mais ce ne fut que postérieurement à la Loi des Douze Tables; nous ne pouvons croire, en effet, que trois siècles à peine après la fondation de Rome, le droit de disposition ait été dégagé de toute entrave et que l'abolition complète des anciennes restrictions ait été législativement reconnue : les jurisconsultes classiques, en rapportant cette interprétation extensive, rappellent donc seulement la situation qui existait en fait à leur époque et attribuent à tort à la loi les modifications et les adoucissements apportés peu à peu par la jurisprudence.

Quant à l'argument tiré de la « patria potestas », nous rappellerons que, même en ce qui concerne la personne des enfants, le père ne pouvait user de répression qu'après avoir pris conseil du tribunal de famille; n'est-il pas vraisemblable que les mêmes limitations avaient dû être apportées relativement aux biens?

Le droit absolu de tester n'est donc pas admissible dès l'époque de la promulgation des Douze Tables. Il eût été contraire au grand principe

(1) « Uti legassit super pecunia tutelave suoe rei, ita jus esto » (Ulp. XI, 14.)

de la conservation de certains biens dans les familles, de ces biens dont la transmission entre vifs était prohibée à moins de cause grave et dont il était, par suite, impossible de tolérer sans contradiction la libre disposition à cause de mort, s'il existait des successeurs naturels aptes à les recueillir.

Remarquons, du reste, que la controverse porte seulement sur une question de date. Nous sommes disposé à admettre que, du moment où les comices ont disparu, où l'hérédité n'est plus appréciée qu'au point de vue pécuniaire, l'usage a laissé au chef de famille le soin de choisir en toute liberté celui qu'il juge digne de lui succéder et d'acquérir son patrimoine.

Que le testament fût fait devant les « comitia calata » ou au moment de marcher au combat, « in procinctu », il présentait de sérieux inconvénients.

Le testament comitial, en effet, ne pouvait être fait qu'à Rome et seulement pendant deux jours de l'année (1). De plus, il établissait un droit irrévocable en ce sens que le de cujus ne pouvait anéantir que par une nouvelle loi ce qu'une autre loi avait décidé. La faculté de rétractation était donc des plus restreinte.

D'autre part, la seconde forme de testament était trop spéciale pour pouvoir être de quelque utilité dans la plupart des cas.

Qu'un chef de famille fût exposé à un danger

(1) On n'avait pas jugé utile de convoquer plus souvent les comices pour un acte dont la réalisation était à l'origine peu fréquente (Cuq. : Recherches sur le testament « per aes et libram »: Nouv. rev. hist. 1886, p. 553.

de mort subite, il courait le risque de mourir intestat s'il n'avait eu la prudence de se donner un successeur lors de la réunion des comices ou pendant sa présence à l'armée.

Dans les premiers siècles de Rome, ces inconvénients ne se firent guère sentir : le plus souvent il existait des héritiers siens en nombre suffisant pour que le « pater » fût assuré que son culte et sa maison ne passeraient point en des mains indifférentes. Mais quand des expéditions continuelles eurent décimé les familles, quand, par suite de leurs relations commerciales avec l'étranger, les citoyens furent obligés d'entreprendre de fréquents voyages, la nécessité se fit vivement sentir de recourir à une forme de testament mieux appropriée aux besoins de tous.

On voulait éviter une transformation radicale. On chercha parmi les institutions dont les citoyens pouvaient user pour leurs rapports juridiques laquelle permettrait d'obtenir le résultat désiré.

C'est alors que paraît une nouvelle forme qui, bien qu'ayant reçu le nom de testament, ne contenait, à la différence des deux précédents modes, aucune institution d'héritier, mais produisait un effet analogue à celui qui résultait de l'emploi de l'un des deux procédés primitifs. Le nouveau testament est un testament fictif fait pour éluder l'intervention des comices législatifs (1), c'est un expédient établi en concurrence du testament « calatis comitiis » et destiné à le remplacer (2).

(1) Ortolan : Op. cit. II, 438.

(2) S. Maine : Op. cit. p. 191.

Dorénavant, l'acte de dernière volonté pourra prendre la forme d'un contrat ; le testament sera remplacé par une vente réelle : il ne sera que l'exécution d'une convention entre deux parties dont l'une consentira à aliéner et l'autre à acquérir. Le père de famille pourra désormais charger une personne du soin d'exécuter les dispositions qu'il a prises et qu'il lui fera connaître, et à cet effet, il lui cédera immédiatement les biens qui forment sa « familia ». Tel est le testament « per cæs et libram » ou, pour le qualifier plus exactement, « per mancipationem ».

C'est une mancipation ordinaire dans la forme et presque dans les mots (1), mais avec cette particularité qu'elle est indispensable pour donner au testament sa perfection (2).

En réalité, le testament mancipatoire se décompose en deux actes. Dans l'un, le *de cujus* fait connaître ses dernières volontés, c'est là le véritable testament ; dans l'autre, il transmet à celui qu'il a choisi pour exécuter ses vœux suprêmes les biens nécessaires à l'accomplissement de son mandat. C'est seulement après la mancipation que l'exclusion des héritiers légaux se trouvera réalisée. Jusqu'à ce moment le « *familix emptor* » en présence duquel a eu lieu la déclaration du testateur, ne sera tenu qu'au

(1) S. Maine: Op. cit. 193. — On y retrouve le *familix emptor*, le *libripens* et les cinq témoins. Ceux-ci représentaient le peuple et, grâce à eux, dit Ihering, « on donnait le sceau de la garantie aux actes juridiques » (Op. cit. I, 151.)

(2) *Quod per mancipationem peragitur* (G. II, § 102.)

point de vue moral, et sa conscience le laissera seul juge de la conduite à tenir (1).

Quelle était dans cette troisième forme de testament la situation de l'héritier ? Quel était l'objet de la mancipation ?

Le « *familiæ emptor* », c'est-à-dire celui qui en vertu de la mancipation acquérait la « *família* », n'était pas héritier, il était seulement « *loco heredis* », nous dit Gaius. Il obtient les biens, mais ce n'est point pour les garder et en faire son profit ; c'est afin de les répartir suivant l'intention du défunt.

Ce n'est pas à dire cependant qu'il ne recueillerait jamais aucun bénéfice de l'acte auquel il a participé : rien ne l'empêche de recevoir une portion, quelque importante qu'elle soit, du patrimoine héréditaire. Nous voulons seulement faire remarquer qu'il n'est qu'un acquéreur grevé de charges, qu'une sorte d'exécuteur testamentaire et non un héritier institué. Dès lors, il faut conclure qu'il n'était tenu ni des dettes du défunt, ni de la continuation de son culte.

Ces deux conséquences ne pouvaient être admises : aussi s'efforça-t-on de remédier à cet état de choses. Nous verrons plus loin comment on arriva à rendre responsable des dettes celui qui succédait à un défunt. Quant aux droits des pontifes, on décida sous Coruncanus (2) que la charge des « *sacra* » incomberait à ceux qui recueilleraient la majeure partie des biens du testateur : les « *sacra* » suivent alors la trans-

(1)*Fidei ejus commissum* (Aulu Gelle V, 19).—....*Rogabat* (G. II § 102).

(2) Cicéron : de Leg. II, 19.

mission du patrimoine. Cette mesure assurait la perpétuité du culte, mais elle avait pour résultat de transformer la notion d'hérédité.

De même que l'acquéreur de la « familia » n'était pas un véritable héritier, de même les gratifiés, ne tenant leurs droits que d'un acte purement privé, n'étaient pas de véritables légataires. Ils n'avaient, croyons-nous, aucune action à exercer contre le « *familiæ emptor* », car leur titre ne constituait qu'une « *mortis causa capio* », c'est-à-dire une de ces acquisitions à cause de mort, en vertu d'un acte qui ne confère au favorisé aucun droit contre l'héritier, par conséquent d'un acte sans valeur juridique, mais que l'usage des honnêtes gens (« *officium, boni mores* ») fait un devoir d'exécuter (1). Les légataires étaient donc dans la situation des fideicommissaires, à l'époque où le fideicommis n'était pas obligatoire, il était à la merci du fiduciaire et n'avait d'autre ressource que l'usucapion (2).

Il peut sembler étrange que l'on ait eu recours à la mancipation pour tenir lieu de testament, si l'on songe aux nombreuses différences qui séparent ces deux institutions.

Comment en effet admettre qu'un mode d'acquérir à titre particulier, dont l'emploi était spécialement réservé aux « *res mancipi* », qui ne pouvait servir à la transmission des créances et de bon nombre de droits réels, qui

(1) Cuq: *Inst. jurid.* p. 549.

(2) Il ne peut être ici question que de l'usucapion ordinaire et non de l'« *usucapio pro herede*. »

ne permet pas aux créanciers de poursuivre le recouvrement de ce qui leur est dû contre l'ayant cause, eût été considéré comme équivalent au testament, c'est-à-dire à un mode d'acquérir à titre universel, s'appliquant aux créances comme aux droits réels, exigeant l'institution d'un héritier continuateur de la personne, responsable des dettes du défunt ? Et cependant Gaius et Labeon déclarent nettement que la « *familiæ mancipatio* » produit les effets du testament !

Il est impossible de répondre à cette question si l'on ne consent à reconnaître qu'à l'époque où fut introduite la troisième forme de tester, le testament avait un caractère et des effets juridiques tout différents de ceux que lui donnèrent plus tard les jurisconsultes classiques.

En droit moderne, l'hérédité forme un seul tout dont les éléments s'apprécient uniquement d'après leur valeur pécuniaire. Aujourd'hui, ce mot désigne l'ensemble des biens d'un défunt, la dépouille légale d'un individu déterminé (1).

Il n'en n'a pas toujours été ainsi à Rome, où pendant longtemps l'héritier fut moins un successeur aux biens qu'un continuateur du culte et de la maison d'un chef de famille décédé (2).

« Ce ne fut même, dit M. Cuq (3), qu'au deuxième siècle de notre ère que la notion d'hérédité telle que nous la comprenons a

(1) S. Maine p. 185. — Cuq : Inst. jur. 278-279.

(2) Comp. G. II, § 53 et 224. — Paul : Sent. IV, 8, § 6.

(3) Cuq : Le testament per œs et Libram (Loc. cit. p. 542.)

trouvé sa formule scientifique » ; ce ne fut que peu à peu que l'on arriva à cette idée que l'hérédité est une unité collective et qu'elle entraîne par suite la transmissibilité active et passive de l'obligation.

Dès lors, il faut conclure que la « *familiæ mancipatio* » ne comprenait à l'origine que les seuls biens corporels, abstraction faite des créances, et qu'elle pouvait tenir lieu de testament sans qu'il fût besoin d'une institution d'héritier.

Les objets corporels seuls, disons-nous, faisaient l'objet de la mancipation : il n'était point question des créances. Cette idée n'a rien qui doive surprendre. En effet, distinguer le patrimoine posthume de ses éléments constitutifs, lui attribuer une nature purement intellectuelle, oublier les caractères propres de ses différentes parties pour considérer uniquement l'ensemble, c'est là une conception qui indique un état avancé de culture juridique (1).

Que les créances fussent exclues de la dévolution, cela n'est pas moins naturel. Elles ne formèrent d'abord qu'un élément très peu important et aussi très peu apprécié de la richesse. Leur exécution dépendait en effet de l'honorabilité du débiteur : elles étaient sans valeur pécuniaire et étaient subordonnées uniquement à l'existence du débiteur. Ce ne fut que plus tard, après avoir été considérées comme accessoires des choses corporelles, qu'elles finirent par être comprises sous la dénomination générale de « *bona* ».

Pas plus que les créances, les dettes ne furent à

(1) Boissarie : Op. cit. p. 47.

l'origine comprises dans l'évaluation du patrimoine du *de cujus*. On ne commença à se préoccuper de leur existence que le jour où la Loi *Pœtilia* eut substitué l'exécution sur les biens à l'exécution sur les personnes. Sans doute, à partir de ce moment les héritiers sont, en leur qualité de successeurs « *in universum* », tenus de l'acquittement des dettes de leur auteur, mais cette charge ne leur est imposée que par suite de cette idée que le « *nexum* » engage non-seulement le contractant, mais encore sa famille tout entière.

Le « *familiæ emptor* » n'était point, nous l'avons vu, un véritable héritier. On comprend dès lors pourquoi il jouissait encore d'une immunité relativement aux dettes, pourquoi la transmissibilité de celles-ci ne pouvait exister à son égard.

Les pontifes avaient, on se le rappelle, assuré la perpétuité des « *sacra* » : ils avaient investi du soin d'entretenir le culte celui qui recueillait le patrimoine, qu'il eut ou non la qualité d'héritier. La permanence de la famille, au point de vue religieux, devait bientôt faire admettre la permanence de la personnalité du défunt au point de vue de ses obligations civiles.

Cette réforme strictement limitée aux intérêts de la religion laissait les créanciers dans une situation précaire. Il devenait indispensable de les protéger d'une manière efficace.

Mais on se trouvait en présence d'une règle consacrée par les plus anciens usages : que celui-là seul à qui avait été donné le titre d'héritier était tenu des dettes du disposant (1). Rien ne permettait

(1) *Comp. G. III, § 83.*

d'étendre aux obligations civiles les mesures de faveur que l'on avait adoptées au profit du culte.

Ici encore les prudents durent avoir recours aux expédients. Presque en même temps que fut établi le principe « *pecuniam sacris conjungi* » (1), nous voyons la jurisprudence appliquer aux dettes envers les hommes la règle admise pour les dettes envers les dieux (2). Depuis que les héritiers siens n'étaient plus nécessairement investis de tout ou partie des biens de leur père et que le testateur pouvait disposer de son patrimoine sans instituer d'héritier, il n'était pas rare de voir un chef de famille mourir sans héritier. Aussi la jurisprudence jugea utile de constituer dans l'intérêt des créanciers un représentant du chef de famille décédé. Elle fit en sorte qu'il y eût toujours un héritier responsable des dettes, que le *de cuius* fût mort testat ou intestat. On attribua aux agnats (qui jusqu'alors n'avaient été que de simples successeurs aux biens) la qualité d'héritiers responsables dans le cas où le défunt n'aurait pas fait de testament. D'autre part on admit que toute disposition à cause de mort devrait, à peine de nullité, contenir l'institution d'un héritier qui serait acquéreur de la masse des biens à charge d'en acquitter le passif.

Telle fut l'origine de cette règle fameuse : « *institutio heredis est caput et fundamentum*

(1) Cicéron : de Leg. III, 21.

(2) Cuq. : Le testament per *œs* et l. loc. cit. p. 548. — C'est également pour protéger les créanciers que le prêteur les autorise à vendre les biens de celui « *cui heres non exstabit* » (Cic. Pro Quintios 19), et qu'il donne une action à celui qui gère les affaires du citoyen mort sans héritier (3-5 D. 3-6).

totius testamenti », règle qui cependant n'est nullement posée dans la définition du testament. Elle n'apparut et ne put être admise que du jour où le testament prit la forme d'un contrat, du jour où la mancipation fut usitée pour la manifestation de la convention formée entre les parties. Mais si la règle précitée se comprend à l'origine, ne devient-elle pas au moins étrange lorsque la notion d'hérédité s'est transformée ? N'est-il pas arbitraire au plus haut point de subordonner à une seule clause de l'acte de dernière volonté la validité de toutes les autres ?

Sans doute à l'époque où nous nous plaçons, cette particularité s'explique encore : l'institution est l'objet essentiel du contrat et les autres dispositions du testament n'en sont que les accessoires ; rien de surprenant dès lors que si la partie principale vient à manquer, elles deviennent à leur tour sans utilité. Mais combien devient illogique le principe au moment où les progrès des mœurs et l'évolution juridique tendent à faire prévaloir cette idée, qu'en cette matière la volonté humaine seule doit être observée et n'a pour limites que les règles restrictives posées par le législateur.

Une dernière remarque nous paraît utile relativement à la « familiae mancipatio. »

Le jurisconsulte Gaius rapporte que c'est sur le « patrimonium » que portait la mancipation : que faut-il comprendre sous cette dénomination ?

Nous pensons que cette expression ne peut s'appliquer, à l'origine, à l'intégralité du patrimoine. Il ne faut pas oublier, en effet, que,

d'après l'opinion que nous avons cru devoir suivre, la distinction entre la « familia » et la « pecunia » subsiste encore au moment où fut introduit le testament mancipatoire.

Pour la « familia », c'est-à-dire pour tous les droits dont le père jouissait sur la famille et par la famille (1), les formalités solennelles de la vente pouvaient être employées. Elles devenaient au contraire sans utilité à l'égard de la « pecunia », puisque celle-ci pouvait être dévolue sous la forme du legs. Mais vers le V^e ou le VI^e siècle, on en arriva à délaisser cette division pour n'envisager le patrimoine du *de cujus* que comme un tout dont les éléments pouvaient se transmettre par une seule et même mancipation. Ce fut la conséquence de causes multiples : de la décadence des gentes (2), de l'intervention des pontifes relativement aux « sacra », de l'extension rapide et considérable de la « pecunia » dans la plupart des fortunes.

L'avantage du testament par mancipation était de pouvoir être fait en tout temps et en tout lieu ; aussi cette forme acquit-elle à Rome toute la popularité que le testament « *calatis comitiis* » semblait y avoir perdue (3). De sérieux reproches pouvaient cependant lui être adressés.

(1) S. Maine : *Op. Cit.* p. 194-195.

(2) Bloch : *Les Origines du Sénat Romain*, p. 466.

(3) Le testament par mancipation ne fut pas seulement le testament des plébéiens (Conrà : *Muirhead*, p. 85. — Maine, p. 185). Il semble bien en effet que les raisons qui l'ont fait introduire étaient les mêmes pour les deux classes de citoyens. En droit, les plébéiens étaient, il est vrai, exclus des comices, et le seul moyen qui leur était offert était de tester « *in procinctu* » : mais les patriciens eurent aussi tout avantage à user du nouveau procédé.

Le de cujus qui voulait revenir sur sa première décision n'avait qu'un seul moyen de recouvrer les biens qui avaient fait l'objet de la mancipation : il devait se les faire remanciper par le « *familiæ emptor* ». Mais il n'avait à l'égard de ce dernier aucun moyen de contrainte et devait s'en rapporter uniquement à sa bonne foi. De même, l'acquéreur ne pouvait être obligé à l'exécution des dispositions que le testateur avait cru devoir prendre. Enfin (et c'est sur ce point qu'une réforme était indispensable) la propriété des biens mancipés était immédiatement et irrévocablement transférée au « *familiæ emptor* » (1).

Les divers modes de tester jusque-là en vigueur étaient insuffisants ; il fallait imaginer un nouveau procédé qui fût en rapport avec les besoins de la pratique et qui permît d'échapper aux inconvénients qui résultaient de l'emploi des formes que nous avons fait connaître.

C'est dans ce but que les prudents firent admettre le testament « *per æs et libram* ». Il réunissait à la fois les avantages du testament fait dans les comices et ceux de la « *familiæ mancipatio* » ; « il conserva la coupe de la forme populaire et reçut la puissance de la forme aristocratique (2) ».

Ici encore nous retrouvons une mancipation : mais l'acte n'a plus seulement pour objet les biens patrimoniaux, il s'étend à l'ensemble des biens du

(1) Il est en effet impossible de soutenir qu'un pacte était adjoint à la mancipation en vue de retarder le transfert jusqu'au décès du disposant ou de réserver la possibilité d'une révocation (Cuq : test. per æs et l. Loc. cit. p. 563. — S. Maine, p. 495. — Contrà : F. Greiff, p. 112 ; — Ihering T. IV, p. 284).

(2) Boissarie : Op. cit. p. 67.

de *cujus* ; en outre, il n'a plus pour effet d'opérer la transmission immédiate de la propriété : il dispose seulement pour l'avenir.

Aussi le rôle du « *familiæ emptor* » se trouve-t-il singulièrement modifié. Ce tiers, créé d'abord pour permettre au disposant d'assurer l'exécution de ses dernières volontés, devenu par la suite un héritier, non pas dans l'intérêt de la perpétuité de la famille, mais dans un but de protection à l'égard des créanciers, apparaît encore dans la cérémonie, mais en réalité il n'intervient plus que comme un simple témoin. Il n'est plus acquéreur, car il n'y a plus de vente, et la mancipation n'est désormais qu'une opération purement imaginaire, employée « *dicis causâ* », nous dit Gaius.

En même temps que disparaît « le *familiæ emptor* », l'héritier véritable prend le rang auquel il a droit : il reçoit la charge des dettes, mais en compensation sa vocation s'étend à l'universalité des biens. Il était appelé à l'honneur ainsi qu'à la peine. Enfin c'est lui qui doit être l'objet de l'institution d'héritier et son sort met en suspens celui de toutes les autres dispositions contenues dans le testament.

Par suite de cette transformation, les anciens modes de tester finirent par disparaître complètement, et l'on peut dire que, vers la fin de la République et pendant les quatre premiers siècles de l'Empire, le testament « *per æs et libram* » fut le mode usuel du « *jus civile* » (1).

Dès ce moment le testament a cessé d'avoir

(1) Maynz : Cours de Droit Romain, III, 237.

le caractère d'une loi ou d'un contrat : il est devenu un acte unilatéral de disposition, un acte purement privé, dépendant uniquement de la libre volonté de son auteur. Sa notion est définitivement acquise et les réformes qui seront introduites postérieurement n'auront trait qu'à des questions de forme : nous n'avons donc pas à nous arrêter à ces modifications.

CHAPITRE II.

Formes de l'institution d'héritier

Nous avons dit déjà pour quels motifs on fut amené à considérer l'institution d'un héritier comme une condition indispensable à la validité du testament. Ce principe subsiste dans le droit classique, et les jurisconsultes n'hésitent pas alors à déclarer que « *Sine heredis institutione, nihil in testamento scriptum valet* » (1).

Cette règle fut si scrupuleusement observée que non-seulement l'absence d'une institution, mais encore une simple irrégularité de celle-ci entraînait la nullité du testament tout entier.

Est-il besoin de dire que si une institution est exigée pour donner à l'acte le caractère de testament, cette condition est cependant suffisante et l'on peut parfaitement concevoir une manifestation de dernière volonté ayant trait uniquement à la désignation de « l'heres ». En sens contraire, on peut supposer qu'un de cujus laisse un acte dépourvu d'institution, mais se rapportant à la répartition de son patrimoine ; on finit par admettre que, dans certains cas, cet acte constituerait un codicille, si toutefois la volonté du disposant avait été de lui attribuer ce caractère (2).

(1) 1. § 3 D. 28-6. — G. II § 229. — Ulp. XIV § 15.

(2) 13. § 1. D. 29-7.

Non-seulement les dernières dispositions prises par le testateur dépendaient d'une institution : il fallait de plus que celle-ci fût placée en tête du testament. On ne pouvait, pensait-on, imposer une charge à quiconque n'avait encore rien reçu ; or, c'eût été aller contre cette idée que de reconnaître l'existence d'une libéralité inscrite avant la désignation de celui qui aurait la mission de l'exécuter. Par suite, tout legs (même celui de liberté), était réputé non venu s'il précédait l'institution (1).

On ne pouvait s'appuyer sur la même raison si l'ordre du testateur n'entraînait à aucune obligation celui qui recueillait les biens héréditaires : aussi, reconnaissait-on qu'une substitution vulgaire pouvait précéder l'institution (2). L'empereur Trajan valida l'exhérédation nominative faite dans les mêmes conditions.

Enfin, les Proculiens décidèrent que la nomination d'un tuteur pourrait se trouver en tête du testament si elle ne renfermait virtuellement un legs. Cette opinion fut combattue par l'école Sabinienne, qui n'admit pas cette dérogation aux rigueurs du principe (3).

Justinien fit cesser ces incertitudes. Il conserva à l'institution son utilité, mais il ne lui assigna plus une place déterminée dans le testament (4). A partir de ce prince, il n'y eut plus à rechercher dans quel ordre matériel se trouvaient ins-

(1) § 34 Inst. II. 20.

(2) 28. D. 29-5.

(3) G. II. § 231.

(4) § 34. Inst. II. 20.

crites les dispositions du de cujus et on tint compte plutôt de l'intention probable du défunt que de la forme incorrecte qu'il avait donnée à la manifestation de sa pensée.

Un principe voulait que la volonté de l'homme réglant la dévolution de ses biens se produisît dans une forme solennelle (1) : aussi l'institution ne peut-elle, dans l'ancien droit romain, être faite qu'en termes sacramentels et impératifs. Comme la loi, l'institution devait se présenter sous la forme « d'ordre et de commande ». A l'époque classique, cette exigence n'était plus qu'une « réminiscence du mode originellement suivi pour faire les testaments *calitis comitiis* » (2), cependant, Gaius recommande encore de rechercher avant tout si le testateur a désigné son successeur « *more solemni* » (3).

« *Titius heres esto* » : tels furent les seuls termes dont le testateur put se servir à l'origine pour désigner celui qu'il avait choisi comme héritier. Peu à peu, au cours de l'époque classique, on toléra l'emploi d'autres expressions ayant un sens analogue aux précédentes et on les assimila complètement à l'ancienne formule toujours en vigueur. C'est ainsi que nous trouvons dans les textes « *Titium heredem esse jubeo* ; *Titius heres sit* » (4).

Les rigueurs primitives n'eurent plus leur raison d'être à partir du moment où le tes-

(1) Labbé (Sur les Inst. d'Ortolan) II, p. 737.

(2) Maynz : Op. Cit. III. 217.

(3) G. II. § 116.

(4) G. II § 117. — Ulp. Reg. XXI.

tament devint un acte privé. Elles subsistèrent néanmoins par la force de la tradition et nous pouvons constater que les dérogations qui y furent apportées restèrent peu nombreuses.

L'empereur Constantin II voulut mettre fin aux incertitudes qui résultaient de l'emploi de certaines formules à l'exclusion d'autres ayant avec celles que l'on tolérât les plus frappantes ressemblances. Dorénavant, peu importe que le testament contienne ces mots. « *heredem facio, instituo, volo, mando, capio ; heres esto vel erit* » (1). Pourvu que le *de cujus* ait exprimé sa volonté d'une manière claire et certaine, il est libre d'employer les termes qu'il veut. La suppression des formules sacramentelles était enfin obtenue et l'on peut dire qu'à ce moment les Romains ont passé d'un formalisme rigoureux à un affranchissement des formes qui peut sembler excessif (2); on alla jusqu'à permettre au testateur de faire inscrire par un tiers ses dernières dispositions. Bien plus, on décida même que l'écriture n'était pas nécessaire et on en vint à regarder comme héritier, celui qui avait été désigné en présence de témoins par un simple signe du *de cujus* (3).

Certaines difficultés ou irrégularités pouvaient se présenter à l'occasion de l'institution. Les textes nous donnent à cet égard de nombreux exemples que nous analyserons rapidement. Ils

(1) L. 15. C. 6. 23.

(2) Labbé : *Loc. cit.* p. 748.

(3) Ulp. Reg. XXV § 1 et 3. — L. 58. pr. D. 28-5.

se réfèrent du reste, pour la plupart, à des décisions émanant du pouvoir suprême.

Le testament contenait-il seulement « *Lucius heres* ou *Lucius esto* »..... on suppléait aux omissions en sous-entendant le mot « *esto* » dans le premier cas et « *heres* » dans le second. Il pouvait arriver que le nom de l'institué seul eut été inscrit: Marcellus opinait ici pour la nullité de l'institution. Cette solution fut combattue par un rescrit de Dioclétien et Maximin, décidant qu'une erreur de la part du scribe chargé de rédiger le testament ne pouvait avoir pour effet de rendre celui-ci sans efficacité quand le disposant, ayant dicté ses volontés, il y a eu inexactitude dans l'inscription. Il y a une présomption d'oubli des mots « *heres* » et « *sit* » (1).

Consulté sur la validité de cette clause : « *Ille ex parte tota, ille ex tota* », Antonin se prononça pour l'affirmative. Fut également approuvée par le même empereur l'institution conçue en ces termes : « *Illa uxor mea esto* ».

Enfin se trouvait-on en présence d'un testament où il était seulement inséré : « *Illum heredem esse* », Julien considère que cette phrase n'ayant aucun sens ne peut valoir comme institution. Tel n'est pas l'avis d'Ulpien qui sous-entend « *volo* » et valide avec raison une dernière volonté incomplètement exprimée (2).

De ce que l'on exigeait une désignation expresse de l'héritier, ce n'est pas à dire que celui-ci devait être indiqué par son nom. Dès

(1) L. 1 § 5 D. 28. 5.

(2) L. §§ 6 et 7 D. Eod. Tit.

qu'une dénomination pouvant le faire reconnaître avait été employée, cela était suffisant (1). Au contraire, on ne regardait pas comme équivalente à une institution la charge de payer les legs confiée par le de cujus à une personne déterminée (2).

Des décisions que nous venons de rapporter, il ressort que si l'on avait voulu donner des facilités plus grandes au disposant pour la nomination de son héritier, deux conditions restaient néanmoins requises pour que cette nomination fût valable. D'une part, la personne de l'institué devait être clairement connue; d'autre part, il devait être évident que le testateur avait voulu avoir comme successeur celui qu'il avait indiqué.

C'est pour ce motif que l'erreur portant sur le nom ou le prénom de l'institué n'avait pas pour effet de rendre inefficace l'acte de dernière volonté, si celui qui avait été irrégulièrement désigné pouvait être néanmoins reconnu d'une manière indiscutable (3). Cependant, lorsqu'il y avait erreur sur la personnalité même de l'institué, on écartait alors l'héritier que le testateur avait nommé, parce qu'il ne l'avait pas voulu, et celui qu'il avait voulu parce qu'il ne l'avait pas nommé. (4).

L'erreur portait-elle sur une des qualités essentielles du gratifié : par ce fait, celui-ci était privé de la succession, car il y avait lieu de penser

(1) L. 9 § 8 D. 28-5.

(2) L. 65 D. Eod. Tit.

(3) § 29 Inst. II. 20.

(4) de Vareilles : Etude sur l'Erreur, p. 71. — L. 9. § 1. D. 28-5.

qu'il avait été désigné par le défunt à cause de cette qualité même et qu'il ne l'aurait pas été sans elle (1).

Quant à l'erreur sur la cause de la libéralité, on décidait qu'elle n'affectait en rien l'institution, l'insertion d'une « causa » n'étant, le plus souvent, qu'une pure question de forme. Cependant, le principe en vertu duquel « Falsa causa non nocet » cesserait d'être applicable lorsque la supposition de la vérité du motif a été la cause déterminante de l'institution.

De même si l'on peut prouver qu'une erreur quelconque a été commise soit par le testateur, soit par le scribe chargé de la rédaction, relativement à la répartition des biens, l'intention du testateur sera suivie de préférence aux clauses qui sont insérées dans le testament (2).

Bien que l'héritier eût été désigné de telle manière qu'aucun doute ne soit possible, l'institution était considérée comme non écrite quand des termes injurieux étaient seuls employés pour faire connaître le gratifié : dans ce cas, la libéralité tombait. Toutefois l'usage avait fait adopter les institutions dans lesquelles se trouvait, après l'indication du bénéficiaire, quelque observation désobligeante ou quelque reproche à l'égard de ce dernier (3).

Nous avons, jusqu'à présent, examiné les divers cas dans lesquels la personne de l'héritier était imparfaitement ou irrégulièrement désignée. Voyons

(1) L. 4. C. 6-24.

(2) L. 9, § 2 et 4. D. 28-5.

(3) L. 48 § 1. D. Eod. Tit.

maintenant les difficultés qui pouvaient naître à l'occasion d'une modalité.

On peut d'abord supposer qu'une institution n'est accompagnée d'aucune condition alors qu'il est prouvé que le *de cujus* avait l'intention formelle d'y soumettre la libéralité. Marcellus, et avec lui Ulpien, se prononcent pour la nullité de la disposition; de même, dans le cas où une condition aurait été ajoutée à l'institution, contrairement à la volonté du testateur. En effet, bien que dans ces deux hypothèses la personne de l'héritier soit suffisamment connue, le sort du patrimoine n'est pas fixé par le disposant et se trouve dès lors incertain. A quelle époque, par suite de quels événements le bénéfice de l'institution parviendra-t-il à celui qui doit en profiter? Ce sont là des questions que l'on ne peut résoudre dans l'ignorance de la volonté certaine du *de cujus*.

De cette nécessité d'être fixé d'une façon formelle sur le sens des clauses testamentaires, il résulte que l'on devra soigneusement rechercher si elles ne sont pas le fruit d'une erreur, d'une simulation, d'un dol ou d'une violence, si elles émanent d'une intelligence consciente et libre.

La volonté du défunt ne devant être soumise à aucune influence, il faut donc annuler toute institution captatoire. On entend par là la disposition que le testateur a faite sous la condition de réciprocité, et qui tend à provoquer pour l'avenir, chez celui qui doit en bénéficier, une mesure semblable.

Faut-il ajouter aux règles précédemment posées que l'on ne peut faire dépendre du choix de l'héritier par un tiers l'existence ou la non existence de l'institution. La personne à la volonté de laquelle est lié le sort du testament n'ayant en effet aucun intérêt à son exécution, on ne peut subordonner à son pur caprice l'accomplissement des vœux du défunt. Si pourtant ce tiers est tenu à un acte matériel pour que l'hérédité parvienne à l'instituer, il faut regarder la clause comme valable, car il n'y a là qu'une véritable condition.

En résumé, les dispositions testamentaires doivent toujours recevoir une interprétation large (1) et, en cas de doute, on s'efforcera de rechercher l'exacte volonté du défunt en vue d'assurer la réalisation de son testament.

(1) L. 68 D. 28-5. — L. 12 D. 50. 17.

CHAPITRE III

Des modalités qui peuvent affecter l'institution.

L'institution d'héritier peut être pure et simple ; elle peut aussi être accompagnée de certaines modalités.

Elle est pure et simple lorsque le testateur laisse aux effets de l'institution toute l'étendue, toute la généralité dont ils sont susceptibles d'après la loi et la nature de l'acte. Au contraire, si l'homme borne la durée des effets par la fixation d'un temps déterminé, ou s'il restreint la généralité à tel ou tel cas particulier, l'acte cesse d'être pur et simple.

Voyons quelles étaient les différentes modalités et quelle était leur influence.

I. — De la Cause.

Nous avons dit précédemment que l'erreur sur la cause n'avait pas pour effet d'entraîner la nullité de l'institution, sauf dans le cas où il résulterait du testament lui-même que la disposition était uniquement fondée sur une cause qui n'existait pas.

C'est ainsi que se prononce le jurisconsulte

Papinien, en matière de legs (1) ; c'est également l'opinion de Paul, relativement à l'institution d'héritier (2). Voici l'exemple qu'il cite :

Un testateur avait fait un premier testament, puis, croyant mort celui qu'il avait institué, il avait par un nouveau testament appelé un autre héritier en spécifiant que la confection de ce second acte de dernière volonté était motivée par le prédécès du premier institué. Celui-ci, qui était seulement absent, revint après la mort du de cujus ; il demanda à l'empereur la délivrance des biens héréditaires. L'empereur la lui accorda, mais à charge d'exécuter les legs et fideicommiss inscrits dans les deux testaments.

II. — Du Modus

L'expression « modus », prise dans un sens large, est synonyme de modalité ; mais c'est dans une acception plus restreinte que nous devons l'interpréter ici et nous dirons qu'elle désigne les charges ou obligations qui sont imposées à un gratifié en échange de la libéralité qu'il reçoit, l'emploi total ou partiel que l'héritier est tenu de faire des biens qu'il recueille.

La véritable utilité du modus est de permettre au de cujus non pas d'ordonner la remise de certains biens à des tiers déterminés (le legs et le fideicommiss suffisent pour obtenir ce

(1) L. 72 § 6. D. 35-1.

(2) L. 92 D. 28-5

résultat), mais d'imposer à son successeur l'accomplissement d'actes d'une nature toute particulière (par exemple, la construction ou l'entretien d'un tombeau), dans les conditions prévues par le testament.

Il faut se garder de confondre le « modus » et la condition, car des différences importantes les séparent (1). Aussi devra-t-on s'en rapporter aux circonstances de fait, à l'intention du défunt pour discerner quelle est la modalité qu'il a voulu adjoindre. C'est pour ce motif qu'il faudrait reconnaître le caractère conditionnel au fait duquel dépend l'acquisition de l'hérédité, bien qu'il ait reçu la qualification de « modus » dans l'acte de dernière volonté.

Il peut arriver que l'héritier se refuse à acquitter les charges qui lui ont été imposées ; quel recours auront alors les intéressés ? Il y a lieu de distinguer. S'agit-il d'un bien ayant une valeur déterminée et laissé à l'institué à charge pour celui-ci de le transmettre à une personne formellement indiquée, comme il n'y a en réalité qu'un legs ou un fideicommiss et non pas un modus, ce seront les actions attachées aux libéralités précitées que les bénéficiaires devront employer pour obtenir satisfaction.

Mais le caractère du modus était généralement tel que personne n'était intéressé directe-

(1) Notamment : 1^o La condition suspend l'effet de l'acte auquel elle est ajoutée ; il n'en est pas de même du modus. — 2^o On ne peut exiger l'accomplissement de la condition (même si elle dépend uniquement de la personne qui est appelée à recueillir les biens) ; on peut au contraire réclamer l'exécution du modus de la part de celui qui en est chargé.

ment à en requérir l'exécution (1). Dans ce cas les cohéritiers de celui qui était grevé du mode avaient le droit, bien qu'ils n'y eussent aucun avantage personnel, d'en réclamer l'accomplissement lors de l'instance en partage (2). En outre, l'intervention de l'autorité publique était toujours possible (3). Celle-ci pouvait contraindre l'héritier soit indirectement, en lui refusant les actions et autres moyens de droit qui lui étaient utiles pour recueillir l'hérédité, soit directement, en employant les sanctions de la loi et les procédés coercitifs qu'elle autorisait (4).

Si la prestation constituant le mode est impossible, absurde, ou immorale, elle doit être regardée comme non écrite et dès lors l'héritier s'en trouve déchargé. Toutefois, il restera obligé s'il a la facilité d'obtempérer aux vœux du de cujus par des prestations équivalentes à celles qu'il aurait été tenu d'accomplir d'après les termes mêmes de l'acte. Sera, au contraire, dépourvue de validité la disposition entière s'il est évident que le *modus* a été adjoint par le testateur comme élément essentiel et comme condition « *sine qua non* » de l'institution.

III. — Du terme.

D'une façon générale on peut définir le terme un évènement futur qui doit infailliblement se produire et qui affecte un acte juridique.

(1) L. 17. § 4 D. 35-1.

(2) L. 7 D. 33-1.

(3) L. 50, § 1 D. 5-3.

(4) L. 7 D. 33-1.

Le moment où le fait qui constitue cette modalité doit se réaliser peut-il être déterminé à l'avance: le terme est alors certain.

Ne peut-il au contraire être fixé lors de la confection de l'acte, le terme est incertain.

Recherchons quels sont les effets de ces deux espèces de termes par rapport à l'institution d'héritier.

Terme certain : L'hérédité, se composant d'un ensemble de droits actifs et passifs insusceptibles de périr par la seule action du temps, doit être de même nature que ses éléments et ne peut constituer un droit temporaire. Nous retrouvons cette idée exprimée dans ce brocard « *semel heres, semper heres* » (1).

A l'époque où le testament revêtait les caractères d'un acte contractuel, où la mancipation fut employée pour la dévolution de l'hérédité, cette règle fut encore exacte. Les Romains avaient admis sans restriction la perpétuité du droit de propriété et déclaraient nulles les aliénations consenties « *ad tempus* » ; dès lors, l'hérédité, qui n'était d'abord qu'une simple collection des choses corporelles et qui prenait à son usage les modes de transmission de ces objets particuliers, ne pouvait constituer un droit limité quant à sa durée. L'adjonction postérieure des créances à cette masse ne devait nullement modifier le principe précédemment adopté, puisque les obligations à terme étaient réputées pures et simples. L'hérédité, devenue une « *universitas*

(1) L. 7 § 10 D. 4. 4. — L. 88 D. 28-5.

juris », devait échapper à l'influence du temps.

La conséquence était donc l'exclusion des modalités qui se présentaient sous la forme d'un terme « ad quem » ou « a quo ».

On a cependant soutenu que c'est par suite de la règle « *Nemo partim testatus, nemo partim intestatus decedere potest* » que l'adjonction d'un terme était interdite (1).

Le testateur, dit-on, doit disposer d'une manière complète de son hérédité : or, il n'en serait point ainsi si le droit de l'institué ne devait s'ouvrir qu'un certain temps après la mort du de cujus ou devait s'éteindre à une époque déterminée. Il y aurait donc un concours d'héritiers testamentaires et d'héritiers ab intestat, chose impossible à admettre. A cet argument, on peut en ajouter un autre tiré « a contrario » d'un texte de Tryphoninus (2).

Avec M. Ortolan, nous répondrons que l'explication proposée par les auteurs de ce système nous paraît plus spécieuse que satisfaisante (3). De plus, elle fausse les idées romaines (4). Ne possédons-nous pas, en effet, une règle formelle décidant que l'hérédité ne peut être déférée aux héritiers ab intestat qu'au moment où il est certain que l'ouverture de la succession testamentaire ne pourra avoir lieu (5) ? Le concours

(1) Buinoir : *Théorie de la condition*, p. 41. — Demangeat : *Cours de Droit romain I*, p. 695-696. — Massol : de la règle « *Nemo pro parte* » p. 9.

(2) L. 41 pr. D. 29-1.

(3) Ortolan : *Op. cit.* II, p. 503-504.

(4) Machelard, *Op. cit.*, p. 358.

(5) § 7. Inst. III, 1.

des deux classes de successeurs ne pourra donc se produire. Quant au texte de Tryphoninus, disons seulement qu'il vise une situation toute spéciale et que par suite il ne peut être admis comme principe général dans la question qui nous occupe.

C'est donc la règle « *semel heres, semper heres* » qui fait en réalité obstacle à ce que le résultat voulu par le *de cujus* puisse se produire (1); nous ajouterons que la suppression du terme repose aussi sur le désir d'éviter toute vacance et toute interruption dans la transmission des « *sacra* » et du patrimoine. On considérerait que le testateur, ayant l'intention certaine de faire parvenir ses biens à son institué, ne pouvait, par son caprice, prolonger la jacence de l'hérédité en retardant le moment de la délation. L'apposition d'un terme n'était qu'une fantaisie du *de cujus*, elle ne pouvait reposer sur aucun motif sérieux: elle ne devait donc pas être prise en considération.

Mais l'institution à laquelle était adjoint un terme devait-elle être appréciée comme faite en violation de la loi et par suite être annulée pour le tout ou fallait-il la déclarer seulement pure et simple et dire que le « *dies* » était « *pro non scripto* » ? Le respect de la volonté du testateur et l'intérêt supérieur de la transmission des biens firent adopter cette dernière solution (2).

Terme incertain : nous avons défini le terme un événement futur qui affecte un acte juridique et doit infailliblement se produire ; que l'on attende

(1) G. May : Op. cit. p. 372, note sur n° 324.

(2) L. 34. D. 28-5. — § 9. Inst. II. 14.

suffisamment et l'on sera assuré de voir se réaliser tout « dies » quelque éloigné qu'il soit.

Différente est la nature de la condition : celle-ci laisse le droit lui-même en suspens sans qu'il soit possible d'affirmer à l'avance si le fait qui forme la modalité se présentera ou non ; il n'y a jamais qu'une espérance et les prévisions les plus vraisemblables peuvent toujours se trouver détruites.

Il semble donc qu'une assimilation entre les effets du « dies » et ceux de la « conditio » ne pouvait être admise. Cependant les jurisconsultes romains firent dans certains cas ce rapprochement : ils décidèrent que toute disposition testamentaire soumise à la réalisation d'un évènement dont l'arrivée est certaine, mais reculée jusqu'à une époque que l'on ne peut fixer dès la confection de l'acte, serait valable et traitée comme conditionnelle. De là cette maxime : « Dies incertus in testamento conditionem facit » (1).

Deux conditions sont requises pour que l'application de cette règle soit admise : d'une part, que l'époque de l'échéance du fait prévu par le de cujus ne puisse être déterminée aussitôt ; d'autre part, que l'on soit en présence d'un acte de dernière volonté. Les contrats ne furent point compris dans l'application de ce principe.

On s'est demandé avec juste raison pour quels motifs on avait introduit une réglementation si différente pour les deux espèces de termes.

En effet, si l'observation du « dies certus »

(1) L. 75 D. 35-1. — L. 30 § 4 D. de Leg. 1^o.

avait pour effet de violer la règle « *semel heres, semper heres* », la même difficulté ne pouvait se présenter au cas d'opposition d'un terme incertain. Dans ce dernier cas, semble-t-il, par cela même que l'époque de l'échéance du « *dies* » est ignorée et que la survenance de l'évènement qui le constitue peut se présenter à tout instant, cela suffit pour rendre impossible toute addition de la part des héritiers légitimes, ceux-ci se trouvant dans un état d'incertitude permanente.

Nous ne croyons cependant pouvoir expliquer ainsi la raison d'être de notre règle, et c'est d'une autre manière que nous pensons devoir la justifier.

Lorsque deux parties sont tenues réciproquement par les liens d'une obligation, chacune d'elles n'a en vue que son intérêt personnel ; la spéculation est le seul but qu'elle poursuit et il ne peut lui importer si l'exécution du contrat aura lieu du vivant de son cocontractant ou après le décès de celui-ci. La situation est bien différente lorsqu'il s'agit de libéralités testamentaires. L'intention formelle du disposant a été que ses biens parviennent à celui-là même qu'il a indiqué et non pas aux successeurs de ce gratifié. C'est « *intuitu personæ* », en faveur de cette personne seule et sans un esprit de bienveillance à son égard que la clause a été insérée : ce serait donc aller contre la volonté du *de cuius* que d'attribuer à tout autre les valeurs spécialement distribuées par lui. Tel est le motif pour lequel on avait repoussé l'idée de transmission du droit conditionnel au profit des successeurs de celui qui était appelé à recueillir une libéralité testamentaire, à la diffé-

rence de la règle admise pour les obligations résultant des contrats.

La transformation du « dies incertus » en condition, lorsqu'il s'agissait des dispositions à cause de mort, n'était également qu'une déduction du point de vue qui veut qu'elles soient appréciées comme faites uniquement en considération de celui qui a été désigné par le testateur. Dès lors, si leur exécution est différée jusqu'à l'arrivée d'un événement qui se produira indubitablement, mais à une époque que l'on ignore, le légataire ou l'institué ne pourra profiter de la libéralité que s'il a survécu à l'échéance de ce « dies incertus ». Ainsi Mœvins a-t-il été institué héritier ou a-t-il été désigné comme légataire « cum Titius morietur », il est évident que l'intention du de cujus a été de ne faire parvenir le bénéfice de l'institution ou du legs à Mœvins que si ce dernier était encore vivant lors du décès de Titius. Or, cette survivance est véritablement éventuelle et incertaine et l'on peut entendre cette formule « cum Titius morietur » comme étant synonyme de celle-ci : « Si Titio Mœvins supervixerit ».

Il est vrai que l'expression « cum » implique en général l'idée de terme ; mais dans l'hypothèse que nous examinons, si l'on recherche l'intention du défunt, si l'on en rapproche la durée de l'existence de Mœvins de la durée de la vie de Titius, l'élément conditionnel apparaît aussitôt, puisque l'on ne peut prédire laquelle des deux vies sera la plus longue et savoir si

la mort du gratifié précèdera ou suivra celle de Titius.

Les considérations sur lesquelles nous nous sommes appuyé pour essayer d'expliquer les motifs de la règle « *dies incertus in testamento conditionem facit* » ont semblé insuffisantes pour convaincre certains auteurs. Elles seules, à notre avis, permettent d'établir la raison d'être de ce principe qui, d'après quelques-uns, ne peut être expliqué par aucun motif plausible, de ce problème auquel ni les textes, ni le raisonnement ne permettent de donner une solution (1).

Relativement au legs, la règle « *dies incertus in testamento conditionem facit* » ne pouvait toujours être appliquée, et dans certains cas le terme, bien qu'il fût incertain, devait conserver le caractère de « *dies* » et ne pouvait être traité comme condition.

La même distinction était-elle nécessaire pour le cas d'une institution d'héritier ?

Il est certain que si la modalité était conçue de telle manière qu'elle ne supposait pas nécessairement la survie de l'institué à l'époque du terme, l'institution devait être considérée comme conditionnelle et devenait caduque par le prédécès de l'héritier. Ainsi quand Titius est institué héritier pour le moment où surviendra la mort d'un tiers, cette disposition doit être appréciée comme le serait un legs accompagné de la même restriction. Mais que décider quand c'est la mort du successeur lui-même qui constitue le

(1) Accarias : T. I. p. 972, note 1.

« dies » ; faut-il faire encore un rapprochement entre l'institution d'héritier et le legs et dire que dans cette hypothèse la libéralité est accompagnée d'un terme qui se réalise au dernier instant de l'existence du gratifié ?

On ne peut, pour trancher cette question, s'appuyer que sur un seul texte, et encore le fragment que l'on invoque est-il le sujet de vives discussions.

Pour certains commentateurs en effet la Loi 9 C. de her, inst. VI-24, serait ainsi conçue : « extraneum etiam cum quis moreretur heredem scribi placuit ».

D'autres ont soutenu que le mot « quis », absent de tous les manuscrits qui sont parvenus jusqu'à nous, ne doit pas être intercalé.

Un intérêt considérable s'attache au choix à faire entre ces deux systèmes, car chacune des interprétations proposées vise une disposition différente.

Si l'on adopte que la constitution ait été rédigée dans les termes indiqués par les partisans de la première version, il faut décider qu'elle s'occupe d'une institution faite sous un « dies incertus », et que celui-ci équivaut à une véritable condition. Si, au contraire, le mot « quis » doit être retranché, il résulte de là que la disposition présente alors le caractère par suite duquel la transformation du terme en condition devenait impossible en matière de legs, et l'on peut se demander si la même décision ne devrait pas être donnée relativement à l'institution d'un héritier.

Dans une savante étude sur la règle « *dies incertus in testamento conditionem facit* », M. Machelard (1) se prononce en faveur de la seconde des deux théories que nous avons énoncées plus haut, et soutient que le mot « quis » dénature le sens primitif de la loi 9. Pour lui, la constitution s'occupait du cas où une institution aurait été faite pour le moment du décès de l'héritier et non pour celui de la mort d'un tiers.

Le texte, en effet, ne peut être regardé comme spécial à l'héritier externe. Il s'agit d'une modalité de l'institution qui n'a pas pour résultat de la vicier, quelle que soit la qualité de l'heres : la généralité des termes du rescrit ne permet pas de faire une différence entre le cas où l'héritier est « extraneus » et celui où il est « suus ». Or, dit M. Machelard, on ne conçoit pas cette parité de décision qui ne tient aucun compte de la qualité de l'héritier, si l'on veut qu'il s'agisse d'un « *dies incertus* » faisant assurément condition, c'est-à-dire s'il y a une institution subordonnée à la survie de l'institué par rapport à un tiers ».

On se trouverait, en présence d'une institution casuelle, puisque l'on ne pourrait lui reconnaître les caractères d'une condition potestative. Mais le « *suus heres* » par excellence, le « *filius in potestate* » ne pouvait être valablement institué sous une condition casuelle,

(1) Revue de Législation, 1873, p. 341 et s.

si l'on n'avait pas la précaution de l'exhérer sous la condition contraire, et encore fallait-il que le sort qui lui était réservé fût fixé de son vivant. Avait-il été institué sous une condition non potestative, ce qui serait le cas d'une institution « cum quis moreretur », on ne sacrifiait pas la condition mais bien le testament qui restait sans valeur, et le fils recueillait l'hérédité ab intestat (1). Cela prouve bien que si une institution avait été soumise à la clause « cum quis moreretur », c'est-à-dire en réalité à une condition casuelle, elle ne pouvait dans tous les cas et à l'égard de tout héritier être regardée comme valable.

Supprime-t-on au contraire le mot « quis » du texte précité, on se trouve en présence d'une institution faite pour l'époque de la mort du gratifié. Or, une telle restriction était, en matière de legs, traitée comme un terme auquel on ne pouvait faire produire les effets d'une condition. Il n'y a pas de motifs, à notre avis, qui nous obligent à trancher différemment la question pour l'institution d'héritier. Car l'évènement se produira certainement, et se produira « vivo herede », le fait de mourir n'étant possible que chez un vivant. Il y a là une disposition de laquelle on peut dire comme pour le legs : « non conditio sed mora suspenditur ».

Dès lors, rien ne s'oppose à ce que l'on déclare l'institution valable, car, comme nous

(1) L. 15 D. 28-7. — L. 83 D. 35-1. — L. 15 C. 6-24.

l'avons vu déjà, tout terme ajouté à une institution rend celle-ci pure et simple et doit être réputé non écrit. L'institution faite pour l'époque de la mort de l'institué subsistera donc, bien que l'on ne puisse transformer en condition la modalité qui y était adjointe, mais elle subsistera, dépouillée de toute restriction, en vertu de la règle qu'aucun terme ne peut être ajouté à une institution.

Mais de ce qu'une assimilation doit être faite entre le legs et l'institution d'héritier pour l'appréciation de la modalité qui forme un « dies incertus », ce n'est pas à dire que les deux espèces de libéralités seront traitées avec la même rigueur. Le legs ne répugne pas à l'adjonction d'un terme; que celui-ci soit certain ou incertain, le legs produira son effet comme legs à terme, ce sera à la mort du de cujus que se placera le « dies cedens », mais ce sera seulement à l'expiration du terme que le gratifié pourra agir pour réclamer l'exécution de la disposition prise en sa faveur.

Au contraire, dans le cas d'une institution d'héritier, la modalité est effacée, l'institution devient pure et simple et subsiste dans son intégralité. Dès lors, sans devoir attendre (comme dans le cas où une condition est en suspens) que l'évènement prévu se soit réalisé, l'héritier peut faire aussitôt addition et recueillir les biens héréditaires, abstraction faite du terme.

IV.— De la Condition

La condition est tout évènement futur et incertain à l'arrivée duquel est subordonnée la naissance ou l'extinction d'un droit.

L'institution d'héritier (1) n'était véritablement soumise à cette modalité que s'il résultait de l'acte de dernière volonté que le de cujus avait réellement rendu la disposition dépendante de l'accomplissement du fait prévu et indiqué par lui. À défaut de cette preuve la libéralité, bien qu'elle apparais se sous une forme conditionnelle, est reçue comme pure et simple.

Ne devaient pas davantage être reconnus comme formant de véritables conditions, certains faits (fussent-ils même futurs et incertains) qui sont indispensables pour que le testament puisse produire son effet et que l'on avait coutume de désigner sous le nom de « *conditiones tacitæ* » (2).

Il faut aussi se garder de confondre l'évènement incertain et l'évènement inconnu. Le premier seul formait une condition ; il n'en était pas de même du fait présent ou passé dont le disposant ignorait l'existence, car il n'y avait pas alors incertitude.

Était non écrit, nous l'avons dit, le « *dies certus* » adjoint à une institution : la condition

(1) L'apposition d'une condition à une institution d'héritier fut considérée comme valable alors même que l'on employait la forme *per æs et libram*, car c'était à la *nuncupatio* et non à la *mancipatio* qu'était adjointe la modalité.

(2) Telle est par exemple la désignation d'un héritier non nécessaire, accompagnée de la condition : « *Si velit, si volet.* »

résolutoire devrait être réglementée avec la même rigueur et être également prohibée comme contraire à la règle « *semel heres, semper heres* ».

L'identité de motifs ne pouvait être invoquée à l'égard de la condition suspensive : aussi était-elle parfaitement valable et devait-elle être respectée (1).

En effet, aussi longtemps que la condition ne s'était pas réalisée et que son exécution restait possible, l'hérédité était « *jacens* », les héritiers *ab intestat* ne pouvant recueillir les biens d'une succession que si la défaillance de la condition avait écarté définitivement les successeurs testamentaires (2). Mais, dès que l'évènement prévu se produisait, l'hérédité testamentaire était ouverte ; elle faisait place au contraire à l'hérédité *ab intestat* si la condition venait à faire défaut. Le principe en vertu duquel nul, s'il n'est militaire, ne peut mourir partie testat et partie *ab intestat* ne se trouvait donc nullement atteint par l'adjonction de la modalité et, d'une façon générale, on pouvait dire que le jour de l'accomplissement de la condition dans les institutions conditionnelles prenait la place du jour du décès du testateur dans les institutions pures et simples (3).

La condition pouvait, quant à sa forme, être positive ou négative. Elle était négative lorsqu'elle était faite pour le cas où tel évènement ne se produirait pas ; elle était positive si la disposition

(1) Nous verrons cependant qu'il existait certaines exceptions.

(2) L. 39 D. 28-2.

(3) Ortolan : *Op. cit.* II, p. 502.

était subordonnée à l'arrivée du fait prévu par le testateur.

Lorsque la condition était de telle nature qu'on ne pouvait en vérifier l'existence qu'au décès de l'institué (par exemple, si Titius est institué héritier « si in Capitolium non ascenderit ») on apportait une exception à ce principe que le droit de faire adition ne s'ouvre pour l'institué qu'au moment où la condition ne peut plus défaillir.

La décision contraire eût empêché tout héritier de jamais venir à la succession, car jusqu'au dernier moment de l'existence de l'institué, il lui était possible de rendre la disposition caduque par l'accomplissement de l'acte même à la non-exécution duquel le disposant avait soumis l'institution. A sa mort seulement, il serait certain qu'il n'a point contre-venu à la condition qui lui était imposée. De plus, si l'héritier était un « extraneus », il aurait été tenu de faire adition avant son décès, chose difficile ici, sinon impossible (1), car il aurait fallu qu'il manifestât l'intention d'accepter à l'instant même de sa mort; l'institution aurait donc été également sans effets pour lui si on n'avait apporté un remède à cette situation.

Les mêmes conséquences s'imposaient dans le cas où c'était un tiers qui était désigné comme ne devant pas accomplir tel acte, à peine pour le gratifié de la déchéance de son droit. Supposons en effet que le testament renferme la clause suivante : « Titius heres esto, si Mœvius in Capitolium non ascenderit ». De deux choses l'une : ou

(1) Bufnoir : Op. cit. p. 447.

Titius mourra le premier, et la disposition faite en sa faveur n'aura pas alors plus d'utilité que dans l'hypothèse précédente; ou bien Mœvius disparaîtra d'abord : mais à quelle époque? On ne peut le prévoir et le gratifié serait tenu d'attendre ce décès pour pouvoir acquérir le bénéfice de l'institution.

Il était donc nécessaire de modifier un état de choses qui entraînait, contrairement à la volonté des testateurs, la caducité d'un grand nombre d'institutions. Aussi, sous la République, Q. Mucius Scœvola fit admettre que, dans le cas où une condition potestative négative serait adjointe à un legs, le gratifié pourrait, dès le décès du de cujus, recueillir les biens qui lui sont attribués, en s'engageant « cum satisdatione » à les restituer s'il y avait contravention à la condition. Cette garantie, qui reçut le nom de Caution Mucienne, fut bientôt étendue aux institutions d'héritier. Dans la suite, les fideicommiss bénéficièrent également de cette faveur (1).

Grâce à cette mesure, le gratifié put profiter des avantages auxquels il était appelé sans être tenu d'attendre jusqu'au moment de la réalisation de la condition. La caution qu'il devait fournir avait pour but de l'empêcher, lorsque les biens héréditaires seraient en son pouvoir, de braver impunément l'ordre du testateur; elle garantissait la restitution de ces valeurs et des fruits qui en provenaient, dans le cas où l'événement duquel

(1) L. 7 D. 35-1.

dépendait la caducité de l'institution ou du legs viendrait à se produire.

La caution est due à ceux qui devraient venir à la succession si la condition négative n'était pas respectée, c'est-à-dire soit aux héritiers légitimes si l'institué sous condition est seul désigné comme héritier, soit aux cohéritiers de ce dernier ou aux substitués, s'il en existe.

Le droit à la caution, accordé par la majorité des auteurs aux successeurs ab intestat, a été cependant contesté par quelques-uns (1).

Aucun texte, dit-on, n'autorise cette extension et le Digeste lui-même (2), en exigeant la caution au profit des cohéritiers dans le cas de l'institution de l'un d'eux sous la condition « si servum hereditarium non alienaverit », semble bien indiquer l'inutilité de cette garantie lorsqu'un seul héritier a été nommé par le testateur : « il y aurait alors, dit Ulpien, une institution sous » condition impossible ».

A ne lire que ce fragment, il paraîtrait en effet qu'il dût en résulter une telle conséquence. Mais si l'on réfléchit que la condition précitée n'a jamais pu être classée au nombre des conditions impossibles, il faut en conclure que la décision du jurisconsulte présente des lacunes et que les rédacteurs du Digeste ont omis d'en compléter le sens véritable.

Nous pensons donc que cet argument ne peut être invoqué à l'encontre de notre opinion et que les héritiers légitimes, si toutefois ils se

(1) Bufnoir : Op. cit. p. 448.

(2) L. 4, § 1 D, 28-7.

trouvent dans la situation prévue par la loi 18 D. 35-1, peuvent exiger la caution en vertu de ce texte qui ne fait aucune distinction. Cette solution résulte encore de la Novelle 22 (1) qui consacre d'une façon générale les droits des successeurs ab intestat.

On peut, il est vrai, objecter que la Novelle 22 ne s'occupe que d'une hypothèse toute spéciale. Mais il faut remarquer qu'aucun motif particulier n'eût permis d'attribuer dans ce cas à ces héritiers la « bonorum possessio » si ce droit ne leur avait appartenu déjà d'une manière générale.

La caution constituant une mesure favorable aux institués et une dérogation aux règles du droit devait, comme toute disposition exceptionnelle, n'être employée que s'il était impossible de rendre efficaces par un autre moyen les volontés du testateur (2).

Nous avons jusqu'à présent recherché quels étaient les effets de la condition, suivant qu'elle était conçue en la forme positive ou en la forme négative.

Cette modalité peut être envisagée à un autre point de vue ; il faut alors distinguer si la condition est casuelle, potestative ou mixte.

Justinien, en indiquant cette classification (3) décide qu'il faut considérer comme casuelle la condition qui dépend du hasard ; comme potestative, celle qui est subordonnée à la volonté

(1) Nov. 22, chap, 44, § 9.

(2) Comp. L. 72, § 2 D. 35-1.

(3) L. Un. § 7 C. 6-51

humaine ; enfin est mixte celle qui dépend « *ex fortuna et voluntate honoratæ personæ.* »

L'institution peut être soumise à une condition potestative de la part du gratifié en ce sens que celui-ci devra, pour faire produire à la disposition ses effets, accomplir quelque acte extérieur ou s'en abstenir. L'adjonction d'une condition potestative présente un intérêt particulier quand l'institué est un fils de famille.

Ce dernier qui ne peut être valablement institué sous une condition casuelle, à moins qu'il ne soit exhéredé sous la condition inverse, lorsque le testateur est son père, peut au contraire être désigné comme héritier sous condition potestative sans qu'il soit nécessaire que le père l'exhérede en même temps « *in defectum conditionis.* »

Cette différence entre les deux espèces de conditions peut s'expliquer. En effet, l'exhéredation du fils ne devait à Rome faire l'objet d'aucun doute : il fallait qu'elle fût faite d'une manière expresse et la loi se montrait très rigoureuse sur ce point. Dès lors, si l'on suppose qu'une condition casuelle apposée à une institution vienne à manquer, le fils n'aura donc été ni exhéredé « *nominatim,* » ni institué ; il sera simplement omis et ce seul fait entraînera la nullité du testament (1).

Dans le cas où une condition potestative de la part de l'institué accompagnait l'institution, la

(1) L. 4. pr. D. 28-5.

situation du fils était bien différente : il ne pouvait invoquer l'omission puisqu'il dépendait de sa seule volonté de venir à l'hérédité en accomplissant le fait auquel le de cujus avait subordonné son droit de succéder.

Lorsque le testateur institue son fils héritier sous une condition casuelle en l'exhérédant sous la condition contraire, l'acte de dernière volonté ne sera valable que si la condition se réalise avant le décès de ce fils ; il sera sans efficacité dans le cas contraire, car le fils n'aurait été alors ni institué, ni exhérédé.

Mais il pouvait arriver que le « filius » ait été seul institué sous une condition potestative et que le disposant ne lui ait donné aucun cohéritier ou substitué ; que décider dans ce cas ? Le fils recueillera l'hérédité à titre d'institué s'il obéit à la condition. S'il ne l'exécute pas avant son décès, il faut rechercher quel est le motif de son inaction. Si la condition était de telle nature qu'elle ne pût se réaliser de son vivant, la modalité faisant alors défaut, l'hérédité ab intestat s'est ouverte pendant sa vie ; il la transmettra avec la sienne à ses propres héritiers. Si au contraire l'institution pouvait toujours se réaliser et n'est défaillie que par la mort du fils, la succession ab intestat n'a pu s'ouvrir et le testament est resté valable jusqu'au dernier moment de l'existence de l'institué ; le père aura donc pour héritiers ab intestat ceux qui se trouvaient écartés par la présence du fils (1).

(1) L. 28 D. 28-7.

Relativement au fils posthume, il faut décider (1) (sa situation ne devant être soumise à aucune incertitude à l'époque de sa naissance) qu'il ne pourra être institué sous condition que si celle-ci se réalise avant cette époque.

Quant à la condition mixte, il faut, avant de se prononcer sur sa validité, se demander de quelle manière elle doit être accomplie. Ainsi on considère comme exécutée la condition nécessitant l'intervention d'un tiers quand celui-ci, par un refus persistant, empêche la réalisation de la condition. Il est en effet à supposer que le défunt, en subordonnant à un acte d'une tierce personne l'efficacité de l'institution, a bien prévu les cas fortuits qui feraient défaillir la condition et a songé surtout au décès de ce tiers, mais il n'a pu vouloir que son héritier eût à souffrir de l'obstination de celui de qui dépend la réalisation de la modalité (2).

Bien que les conditions suspensives soient en principe valablement adjointes à une institution d'héritier, il y a lieu cependant d'admettre des exceptions et de décider que certaines classes de ces conditions ne pourraient être utilement imposées par le testateur. Les unes ont pour effet d'annuler l'institution, d'autres sont simplement effacées et laissent à la disposition le caractère d'une institution pure et simple.

Annulant toute libéralité testamentaire :

1° Les conditions contradictoires (perplexæ).

(1) L. 22 et 24 D, 28-2

(2) Comp. L. 3 et 11 D, 28-7

Par exemple : « Titius heres esto, si Seius heres erit ; Seius heres esto, si Titius heres erit (1). On considère que le testateur n'a pu vouloir agir sérieusement en s'exprimant ainsi : on le punit donc de sa faute ; du reste ce serait aller contre sa volonté que d'appeler simultanément à l'hérédité les deux personnes qu'il a citées.

2° Les conditions captatoires, c'est-à-dire celles qui tendent à provoquer chez un tiers des libéralités soit en faveur du disposant, soit au profit d'une autre personne (2).

Telle est l'institution ainsi conçue : « Titius heres esto, si Mœvium ou si me instituerit ». Il faut que la mesure réciproque que l'on a en vue soit seulement sollicitée. Si le testateur avait fait dépendre la libéralité d'une institution déjà faite, on décide que l'institution n'est plus conditionnelle, car il ne s'agit pas alors d'un évènement futur.

3° Les conditions purement potestatives de la part d'un tiers : « Titius heres esto, si Mœvius voluerit » (3). En effet, remettre à un tiers le soin de désigner son héritier, ce n'est pas tester, c'est déléguer le droit de tester, droit essentiellement personnel et incommunicable (4).

Nous avons dit qu'il existait certaines autres conditions auxquelles n'était pas attachée la même sanction et qui étaient seulement réputées non écrites. Telles étaient :

(1) L. 16 D. 28-5.

(2) L. 70 et 71, § 1 D, Eod Tit.

(3) L. 32 pr. D. Eod Tit.

(4) Bufnoir : p. 176.

1° Les conditions impossibles ou contraires aux lois de la nature;

2° Les conditions contraires soit à une loi expresse, soit aux bonnes mœurs.

Que la condition à laquelle est soumise l'institution soit impossible, illicite ou immorale, l'effet qu'elle produit est toujours identique : la disposition reste valable, mais elle est reçue comme pure et simple, par suite de la suppression de la modalité.

Comment justifier cette faveur pour l'institution d'héritier, alors que l'adjonction de l'une de ces conditions à un contrat ou à tout autre acte entre vifs rendait sans valeur l'acte lui-même ? Ce fut encore dans un but de protection pour les dispositions testamentaires que l'on admit cette solution. On pensait que la volonté de faire une libéralité avait été prédominante chez le de cujus et que celui-ci aurait, s'il avait cru rendre nulle l'institution par la seule apposition de la condition, renoncé à la modalité et laissé venir directement à la succession celui qu'il voulait gratifier.

Si les jurisconsultes étaient d'accord pour repousser l'emploi des conditions impossibles, immorales ou illicites pour l'institution d'héritier (1), il existait une dissidence entre les écoles Proculienne et Sabinienne au sujet de l'application aux legs et aux fideicommiss de la règle adoptée, relativement à l'institution d'héritier.

(1) En ce sens Accarias: *Revue de législation*, 1867, p. 89. — L'auteur s'appuie sur la loi 38 D. 35-1 dans laquelle il n'est question que des legs. De plus Gaius (III § 98) garde le silence sur cette discussion.

L'extension du principe fut adoptée par les Sabinieniens qui virent dans le mot « *legatum* » une expression générale désignant également toute disposition testamentaire.

Les Proculieniens au contraire se basant sur le caractère exceptionnel de la règle suivie à l'égard de l'institution, repoussèrent l'interprétation large de leurs adversaires, et « avec d'autant » plus de raison, comme le fait remarquer » M. Accarias, que la chance pour le défunt » de mourir intestat, s'accroît en proportion » directe des charges valablement imposées à » l'héritier. » (1)

Cependant, cette dernière opinion n'avait pas prévalu, et il ressort des textes que, vers la fin de l'époque classique, et sous Justinien l'école sabinienne avait réussi à faire admettre la solution qu'elle avait proposée (2).

Ajoutons que deux fragments du Digeste viennent combattre directement cette théorie. Dans l'un, Modestin, citant le cas d'une institution faite sous la condition « *si reliquias ejus in mare abjecisset* » (3), observe qu'il y aurait lieu de se demander, avant d'effacer la condition, s'il n'est pas bon d'annuler le testament pour cause de démence du de cujus.

D'autre part, Paul (4) pense que le disposant ne manifeste pas une volonté sérieuse et qu'il faut, par suite, prononcer la nullité de la libéralité, si un legs de liberté est accompagné d'une

(1) Accarias : *précis de Droit Romain* I, p. 866.

(2) G. III, § 98. — § 1. Inst. II, 14.

(3) L. 27 pr. D. 28-7.

(4) L. 4, § 1 D. 40-7,

condition si difficile à remplir par l'esclave que celui-ci est, pour ainsi dire, dans l'impossibilité d'arriver à la liberté.

De ces deux solutions, il résulte donc que toute facilité était donnée au juge pour l'appréciation des conditions impossibles, immorales ou illicites. Il pouvait les déclarer « *pro non scriptæ* » ou, s'il le jugeait préférable, il lui était permis d'employer l'un des deux moyens que nous venons d'indiquer, c'est-à-dire l'annulation de la disposition pour cause de démence du de cujus ou pour absence d'intention sérieuse chez le testateur. On arrivait ainsi à éluder en pratique la règle d'après laquelle ces conditions devaient être tenues pour non écrites.

Quant à la question de savoir quelles conditions sont immorales, impossibles ou illicites, il faut dire que la réponse variera à l'infini suivant les temps, suivant les mœurs.

CHAPITRE IV.

Quelles sont les personnes qui peuvent être instituées.

Nous avons vu précédemment que la liberté de tester avait enlevé à l'hérédité le caractère moral qui jusqu'alors avait servi à la justifier. Désormais, l'attribution des biens par testament fut une simple conséquence du droit de propriété. La volonté libre du de cujus déterminait à quelles personnes devait revenir le patrimoine héréditaire, et ce n'était qu'à défaut d'acte de dernière volonté fixant cette répartition que le législateur désignait le rang des successeurs.

L'arbitraire du testateur devait cependant avoir des limites. Le peuple romain le comprit bien vite : aussi, dès le VI^e siècle, on s'occupa de réglementer avec soin les droits du testateur et on soumit celui-ci à certaines restrictions.

Avant d'indiquer quelles furent les mesures prises par le législateur et la jurisprudence pour arriver à ce but, il nous paraît utile de faire connaître le sens des mots « testamenti factio » et « jus capiendi », que nous aurons fréquemment l'occasion d'employer.

L'expression « testamenti factio » avait à Rome

une double signification : elle se rapportait tantôt à la capacité de faire un testament (1), tantôt à celle d'être institué héritier (2).

Les textes l'employant dans l'un et l'autre sens, les commentateurs modernes ont jugé bon de la qualifier de manière à éviter toute confusion. Ils désignent sous le nom de « *testamenti factio activa* » la capacité du disposant et sous celui de « *testamenti factio passiva* » la capacité du gratifié (3).

De la « *factio testamenti passiva* », il faut distinguer le « *jus capiendi* » ou capacité de recueillir le bénéfice d'une succession testamentaire.

Le droit romain reconnaissait en effet que si une personne ne peut profiter d'une hérédité qu'autant qu'elle a d'abord la capacité d'y être appelée, il peut au contraire se faire que certains gratifiés, bien qu'ils puissent être valablement institués, soient cependant privés du « *jus capiendi* ». C'est dans cette dernière catégorie que l'on pouvait ranger les Latins Juniens, les « *coelibes* » et jusqu'à un certain point les « *orbi* ».

Un intérêt pratique s'attache à la question de savoir à qui sont accordés à la fois la « *factio testamenti passiva* » et le « *jus capiendi* » et quels sont ceux qui ne jouissent pas du dernier de ces deux droits.

(1) G. II, § 114.

(2) § 4, Inst. II, 19

(3) « La *factio testamenti* est une conséquence plus ou moins directe du *commercium*, bien que ces deux privilèges soient restés distincts l'un de l'autre » (Mispoulet: Les Institutions politiques des Romains, t. II, p. 58). La théorie de la *factio testamenti* n'a été inventée que par les jurisconsultes de l'époque classique.—Cuq: Inst. jur. p. 552, note 4.

En effet, tandis qu'il suffit de posséder le « jus capiendi » au moment de la mort du testateur, si l'institution est pure et simple, ou à l'arrivée de l'évènement qui constitue la condition si l'institution est soumise à cette modalité, ou enfin de l'acquérir dans les cent jours du décès du de cujus (1), la « factio testamenti » doit exister au jour même de l'institution, c'est-à-dire au moment de la confection de l'acte de dernière volonté, à peine de nullité de celui-ci. Si elle n'est acquise que postérieurement elle ne peut rendre valable le testament déjà fait : la nullité dont les dispositions du défunt ont été frappées ne pourrait disparaître (2).

En résumé, lorsque le testateur institue une personne qui n'a pas la « factio testamenti, » on peut dire immédiatement que l'institution est nulle ; au contraire, quand il institue une personne à qui manque seulement le « jus capiendi, » il est impossible de savoir dès à présent si l'institution aura ou non son effet (3).

La première de ces décisions n'eut une raison d'être qu'à l'époque où la forme de tester « per mancipationem » fut en usage. Comme il ne s'agissait pas d'un simple projet qui ne dût avoir d'effets que pour l'avenir, mais d'une opération actuelle et immédiate, il fallait bien que l'héritier déguisé sous l'apparence d'un « emptor » eût l'aptitude à figurer dans une mancipation, eût le « jus commercii ». Mais dès que le testament mancipatoire fut

(1) Ulp, Reg. XXII, § 3.

(2) L. 49-1 D. 28-5.

(3) Demangeat : Op. cit. I. p. 682.

transformé, dès que la mancipation ne subsista que comme opération purement fictive, on ne comprend guère le maintien des rigueurs primitives puisque ce ne sera qu'au décès du disposant que l'acte de dernière volonté produira son effet, et que jusqu'à ce moment l'héritier présomptif n'a qu'un droit révocable. Cependant, dans le droit classique et même sous Justinien, la règle existe encore.

I. — De la « **Factio Testamenti passiva.** »

C'est dans les Règles d'Ulpien que nous trouvons établi le principe de la capacité en matière d'institution. « *Heredes institui possunt, dit le jurisconsulte, qui testamenti factionem cum testatore habent* » (1).

Recherchons donc à quelles personnes un testateur citoyen romain et capable ne pouvait laisser ses biens par voie d'institution. Procédant ainsi par élimination, nous serons amené à décider que tous ceux qui n'auront pas été écartés par suite de règles spéciales pourront être efficacement institués.

Rien ne prouve que la présence de l'héritier dans les comices fût nécessaire pour la validité du choix du *de cujus*. Celui-ci soumettait ses dernières dispositions à l'assemblée du peuple qui, seule, restait juge de l'admission ou du rejet du projet qu'on lui présentait.

(1) Ulp. Reg. XXII, § 1.

Mais lorsque l'on eut introduit la « *familiæ mancipatio* », il fallut admettre que, en règle générale, pouvaient seuls être nommés ceux qui avaient le « *jus commercii* », c'est-à-dire le droit de figurer dans une mancipation. C'était là, semble-t-il, une conséquence nécessaire de l'emploi du testament « *per mancipationem* ». Dès lors, tous ceux qui, à un titre quelconque, étaient dans l'impossibilité de figurer comme « *emptores* » dans l'opération, ne pouvaient être institués par le testateur. Et il en fut ainsi tant que la charge de « *familiæ emptor* » fut réservée à l'héritier lui-même ; mais la situation fut modifiée lorsque le « *familiæ emptor* » ne joua plus qu'un rôle purement fictif (1).

La transformation du mode « *per æs et libram* » eut pour effet d'entraîner la suppression de certaines catégories d'incapacité et, à l'époque classique, il n'est plus question que de quelques restrictions limitativement prévues.

Dès lors, voici quelles sont les incapacités qui subsistent et celles qui sont créées :

1° *Peregrini* : ce terme pouvait s'appliquer à diverses classes d'individus. Sous cette dénomination les jurisconsultes comprennent soit les étrangers soumis aux Romains et non citoyens, soit les peuples qui sont indépendants de Rome.

Pour tous, la règle est uniforme : le de

(1) « Il n'est pas nécessaire en droit classique et nouveau d'avoir la capacité d'action puisque l'héritier ne joue plus de rôle actif dans le testament » (A. Rivier : *Traité des successions*, p. 101.)

cujus ne peut valablement instituer un étranger (1).

Ce principe général, fondé sur l'impossibilité de faire participer au culte privé ceux qui n'étaient point membres de l'Etat, fondé aussi sur ce motif que l'étranger est en même temps exclu des comices et dépouillé du « jus commercii », ce principe, disons-nous, s'est perpétué aux diverses époques de la législation romaine, bien que certaines faveurs aient parfois été accordées à diverses catégories de personnes ne jouissant pas du droit de cité.

Il fallait donc compter au nombre de ceux qui étaient privés de la « *factio testamenti* » :

1° Les membres d'une nation sur laquelle Rome exerçait son autorité, mais qui n'avaient pas été admis au droit de cité.

2° Les « *Hostes* », c'est-à-dire les peuples qui étaient en guerre avec Rome et qui n'avaient pas encore été soumis.

3° Les « *Barbari* », ceux qui vivaient en dehors de la civilisation romaine.

La règle que l'on ne pouvait instituer les étrangers avait été étendue à certaines hypothèses spéciales. C'est ainsi que les déportés, privés du titre de citoyen, que les déditices, malgré leur qualité d'hommes libres, ne pouvaient être nommés héritiers puisqu'ils n'étaient pas citoyens.

Justinien cependant en accordant aux déditices

(1) L. 6, § 2 D. 28-5. — L. 1 C. 6-24.

le droit de cité, les releva par là même de l'incapacité qui les atteignait (1).

Citons encore parmi les individus privés de la « *factio testamenti* » : les « *servi sine domino* » et les « *servi pœncœ* » (2) (car ils n'avaient pas de maître dont ils pussent emprunter la capacité). Les « *servi pœncœ* » avaient du reste perdu le titre de citoyen et cela suffisait pour les écarter.

Enfin il faut ajouter que ceux qui avaient cessé d'appartenir à la cité par leur défection (par ex. : les transfuges) ou par suite de leur captivité chez l'ennemi, jusqu'au dernier instant de leur existence ne pouvaient être appelés comme héritiers à la succession testamentaire d'un citoyen romain.

2° *Personæ incertæ* : Elles forment la deuxième classe de personnes à qui la « *factio testamenti* » était refusée.

Cette incapacité résulte de la forme primitive du testament. A l'origine en effet les comices délibéraient sur le contenu du testament ; ils devaient principalement se préoccuper de l'état et de la condition de celui qui allait être gratifié ; ils avaient besoin de le connaître pour savoir s'il méritait le privilège qui allait lui être accordé. Lorsque fut adoptée la « *familiæ mancipatio* », l'exclusion des personnes incertaines fut fondée sur un autre

(1) Ulp. Reg. XXII, § 2. — G. I, § 25.

(2) L. 25 D. 29-2.

motif: on obéit alors à cette règle que la mancipation du patrimoine ne peut avoir lieu au profit d'un absent. Dans le droit classique enfin la prohibition résulte uniquement de ce que le de cuius ne peut déterminer la personnalité et l'existence de celui-là même qu'il institue. «*Incerta persona heres institui non potest*, dit Ulpien, *quia concilium debet esse certum testantis* » (1).

Sous le nom de personnes incertaines, ne sont point comprises celles que le disposant n'a jamais vues, mais seulement celles dont il n'a pu avoir une idée exacte (2).

L'étude de l'incapacité de succéder qui atteignait les « *personnæ incertæ* » présente un intérêt tout spécial dans deux hypothèses: s'il s'agit de l'institution d'un posthume ou de l'institution d'une personne morale.

Le posthume est, dans un sens général, l'enfant né soit après la mort de son père, soit avant le décès de ce dernier, mais après la confection du testament.

Le nom de posthume sien est donné à celui qui se trouverait sous la puissance immédiate du disposant en plaçant fictivement sa naissance à l'époque de la confection de l'acte de dernière volonté. Le posthume externe est celui qui, dans la même hypothèse, ne serait pas sous l'autorité du « *paterfamilias* » (3).

Quelle que soit la situation du posthume, il

(1) Ulp. Reg. XXII, § 4.

(2) § 12, Inst. II, 14. — G. II, § 234 et 238. — § 25, Inst. II, 20.

(3) G. II, § 244.

est à l'origine toujours privé de la « *factio testamenti* » et l'institution faite en sa faveur est considérée comme faite au profit d'une personne incertaine : elle est donc nulle.

Cette décision, au moins pour les « *sui* » conduisait à un résultat absolument contraire aux idées romaines sur les successions testamentaires et avait pour effet, de rendre inefficaces de nombreuses dispositions de dernière volonté. D'une part, en effet, le *de cujus* se trouvait dans l'impossibilité d'instituer l'enfant à naître de sa femme ou de sa bru (si celle-ci était veuve au moment du décès du disposant), toutes les fois que la naissance de cet enfant ne serait survenue qu'après la mort du testateur. D'autre part, ce dernier n'avait pas le droit d'exhérer celui qui n'était pas encore « *heres suus* » lors de la confection du testament. En conséquence, l'inefficacité de cet acte était inévitable et l'ouverture de la succession *ab intestat* s'imposait.

Aussi le principe de droit qui défendait d'instituer un héritier incertain, fut sacrifié à la sollicitude des pères pour leurs fils posthumes (1). Pour remédier à cet état de choses, les prudents réputèrent déjà nés au moment de la confection du testament les posthumes siens, c'est-à-dire ceux qui, s'ils avaient vécu à cette époque, eussent été sous la puissance immédiate du testateur : les posthumes purent être valablement institués ou exhérédés quand ils avaient la qualité de « *sui* ».

(1) Bouché-Leclercq : *Manuel des Institutions romaines*, p. 405.

A cette première réaction contre le principe, devaient s'en ajouter d'autres. Aquilius Gallus imagina une formule se rapportant aux enfants qui, déjà nés lors de la confection du testament, n'étaient pas encore, à cette époque, sous la puissance immédiate du de cujus, mais y étaient soumis lors du décès de celui-ci, par suite du prédécès de leur père. L'institution de cette catégorie de descendants fut admise, pourvu qu'elle fût faite sous la condition que l'enfant serait seulement héritier s'il naissait « sui juris et suus heres » après le décès du « paterfamilias », par suite du prédécès de son père avant le testateur (1).

La loi Junia Velleia étendit encore les mesures favorables aux posthumes. Elle visait plusieurs situations distinctes.

Elle autorisait d'abord l'institution de tout descendant d'un degré quelconque qui, né avant la mort du testateur, mais postérieurement à la confection du testament, se serait trouvé sous la puissance immédiate du disposant (2).

Dans un second chapitre, la même loi prévoyait le cas où un descendant était né avant la confection de l'acte de dernière volonté, mais n'avait pas à ce moment la qualité d'héritier sien. Ce petit-fils ne pouvait, en vertu des principes, être institué comme « suus » et venir à la succession à ce titre si celui qui jusque-là le précédait en degré, venait à sortir de la

(1) L. 29, pr. D. 28-2.

(2) L. 29, § 12 D. Eod. tit.

famille. La loi Velleia corrigea cette rigueur en admettant que ces descendants pourraient être valablement institués ou exhéredés comme « sui heredes ».

Restait encore la prohibition d'instituer les enfants qui, nés du vivant de leur père et de leur aïeul et après que ce dernier avait testé, tombaient sous la puissance de l'aïeul par suite du prédécès de leur père. Rien n'avait été décidé à leur sujet ni par la loi Velleia, ni par la jurisprudence. On ne pouvait leur appliquer les mesures de faveur prises pour les autres posthumes puisqu'ils n'étaient pas en naissant sous l'autorité immédiate du testateur et qu'ils n'étaient pas encore nés lorsque l'aïeul avait testé.

Le jurisconsulte Julien fit admettre qu'il y avait lieu de les faire profiter de l'avantage dont jouissaient les autres catégories de posthumes précédemment citées : leur institution fut dès lors valable (1).

Les posthumes externes ne furent jamais favorisés par le droit civil (2). Mais le prêteur commença à faire fléchir la règle qui les écartait de la succession : il leur accorda une « bonorum possessio ».

Justinien consacra par une constitution spéciale une mesure subordonnée jusqu'à son règne à l'intervention du prêteur ; dès lors l'institution du posthume externe fut définitivement autorisée.

Après avoir énoncé sommairement les prin-

(1) L. 29, § 15 D. 28.2.

(2) Les empereurs défendent même de leur laisser des fideicommiss (G. II, § 242 et 287).

cipes relatifs à l'institution des posthumes, il nous reste à rechercher comment devait être appréciée l'institution des personnes morales.

A quelque catégorie qu'elles appartiennent, la « *factio testamenti* » leur fait défaut à l'origine et aucune institution faite à leur profit ne peut valoir.

La première dérogation concerne les municipes. Au droit qu'ils possédaient déjà de venir ab intestat à la succession de leurs anciens esclaves morts sans descendants, fut ajouté celui de recueillir comme héritiers testamentaires les biens de leurs affranchis. Ce fut en 469 que l'empereur Léon fit cesser définitivement l'incapacité des villes (1).

Dioclétien et Maximin admirèrent que les « *collegia* » qui y auraient été autorisés pourraient seuls être institués (2) : la « *factio testamenti* » n'était pas donnée aux autres corporations ; elle constituait un privilège spécial.

Justinien décida que si une corporation avait été reconnue, elle aurait par là même le droit de recevoir par testament (3) ; il laissa subsister l'incapacité pour celles qui ne sont pas « *licita* ».

« *Deos heredes instituere non possumus* », dit Ulpien (4). Mais des sénatusconsultes et des constitutions impériales avaient apporté de nombreuses exceptions à cette règle, en permettant de désigner comme héritières certaines divinités spécialement indiquées.

(1) L. 12 C. 6-24.

(2) L. 8 C. Eod. Tit.

(3) L. Un. C. 6-48.

(4) Ulp. Reg. XXII § 6.

L'empereur Constantin déclara valable l'institution des Eglises catholiques (1). Plus tard, à partir de Zénon, il en fut de même pour les établissements de bienfaisance relevant des Eglises. L'institution des pauvres et des captifs fut également reconnue efficace, et l'on réglementa avec soin l'exécution des libéralités faites à leur profit (2).

3° *Incapacité créée par la loi Voconia* : Une incapacité toute spéciale fut établie par la loi Voconia, plébiscite rendu en l'an 585 de la fondation de Rome, à l'instigation de Caton l'Ancien et sur la proposition du tribun Voconius Saxa.

L'ancien droit ne contenait aucune disposition expresse pour exclure les femmes des successions : l'intérêt des familles était suffisamment garanti par l'application des principes généraux du droit.

On sait quelle était à Rome aux premiers temps de la République, la situation faite à la femme au foyer domestique ; on sait de quels honneurs, de quel respect elle était entourée ; on se rappelle quelle influence elle exerçait sur son mari, sur ses enfants. Le temps et les événements devaient tout changer, et cette influence, jadis si salubre, que les anciens Romains aimaient et recherchaient, il devenait nécessaire de la combattre et de la détruire dans l'intérêt même de l'ordre social. Des considérations de moralité engageaient également à prendre des

(1) L. 1 C. 1-2.

(2) L. 26 C. Eod. tit. — L. 49, § 2 C. 1-3.

mesures destinées à faire cesser le débordement des vices et les nombreux scandales (1).

Diverses réformes avaient été proposées par Caton en vue de rétablir la discipline domestique et de réfréner, chez les femmes, ce goût du luxe et cet esprit d'indépendance où l'on voyait à bon droit un péril pour la société (2). Mais les tentatives réitérées de leur auteur ne furent point heureuses et toujours les dispositions restrictives qu'il soumettait furent repoussées.

Reconnaissant que tout essai de réforme tenté directement rencontrerait une résistance opiniâtre et ne pourrait triompher, Caton songea que les voies indirectes seules lui permettraient de parvenir au but qu'il croyait devoir atteindre. Au lieu de s'attaquer aux effets du mal, il essaya d'en supprimer la cause. Celle-ci était surtout la facilité avec laquelle les femmes pouvaient arriver à concentrer entre leurs mains des fortunes énormes. C'était là le danger; c'est de ce côté que Caton tourna ses efforts.

Il suffisait, pour cela, de consacrer législativement les règles admises par la coutume antérieure : tel fut, croyons-nous, le but de la loi Voconia et la cause de son admission (3).

L'ancien droit en effet n'admettait, pour succéder au de cujus, que des personnes capables d'agir par elles-mêmes. Aussi longtemps que furent

(1) Madwig : *Op. cit.* III, 227.

(2) Cl. Jannet : de la loi Voconia, p. 1 et 2. — Gide : *op. cit.* L. I, chap. V. — Brocher : *Légitime et réserves*, p. 63. — Laferrière : *H^{is} du droit I*, p. 231.

(3) Cuq : *Inst. jurid.*, p. 541-542.

nécessaires les formalités du testament solennel, la prohibition formelle d'instituer les femmes fut inutile : les pontifes et le peuple se seraient toujours opposés à une telle désignation. Mais lorsque le testament dans les comices cessa d'être en usage, rien n'empêchait un testateur de choisir une femme comme héritière. Il fut bientôt nécessaire de restreindre la liberté du disposant à cet égard, car la tutelle des femmes (seul frein destiné à défendre le patrimoine contre leurs dilapidations et contre l'incapacité des tuteurs), devenait chaque jour de plus en plus illusoire (1). Ces considérations assurèrent le succès des réformes réclamées par Caton.

On ne pouvait empêcher d'une manière absolue qu'il y eut des femmes riches dans la République : on se contenta d'empêcher qu'il y en eut beaucoup (2). On se borna donc à priver des femmes des seules successions qui pussent entretenir le luxe, c'est-à-dire des successions opulentes ; on obéissait ainsi au vœu de l'auteur de la loi, vœu qui pouvait se résumer ainsi : régler les richesses et non pas régler la pauvreté (3).

L'incapacité dont les femmes furent frappées n'était que relative. La loi défendait l'institution d'une femme par un testateur faisant partie de la première des cinq classes organisées par Servius Tullius, c'est-à-dire par un disposant inscrit au

(1) Cicéron : *pro Murena*, 12.

(2) Giraud : *Du vrai caractère de la loi Voconia* (C. R. de l'Acad. des Sc. mor. 1841 : *Savants étrangers*, t. I, p. 370).

(3) Montesquieu : *Esprit des lois*, L. XXVII, chap. un.

cens comme ayant une fortune de plus de cent mille as.

Une deuxième disposition empêchait ces mêmes citoyens de laisser aux femmes, sous forme de legs, au delà d'une certaine portion déterminée. Il fallait en effet éviter qu'elles fussent en mesure d'acquérir comme légataires des biens qu'elles n'auraient pu avoir à titre d'instituées.

La prohibition en matière d'institution étant générale, elle s'appliquait aussi bien à la femme mariée qu'à la femme veuve ou célibataire. La loi n'admettait aucune exception à son principe en faveur des liens de parenté (1) : elle atteignait toutes les femmes.

Mais faut-il aller jusqu'à dire qu'un testateur, citoyen faisant partie de la première classe, était privé du droit d'instituer sa fille unique elle-même (2) ?

Des textes précis nous permettent de le supposer. Nous trouvons en effet dans une œuvre de Saint-Augustin un passage qui ne paraît laisser aucun doute à cet égard (3). De plus, Cicéron, dans ses *Verrines*, cite un fait qui semble bien confirmer cette solution.

Pour que la loi Voconia pût être mise en

(1) Cf. Jannet : *Op. cit.* p. 32. — Boissonnade : *Hist. des droits de l'époux survivant*, p. 74.

(2) Cette question se rattache à celle de l'application de la loi Voconia. On discute sur le point de savoir si cette dernière s'étendait ou non à la succession ab intestat (*Comp. Giraud : des Successions, loc. cit.* p. 120 ; — de la loi Voconia, 1841, p. 583. — Gide *op. cit.* liv. I, ch. V. — *Cuq : Inst. jur.* p. 540, note 6).

(3) St-Augustin : *De civitate Dei*, L. III, C. 21 : « Lata est etiam illa lex Voconia, ne quis heredem feminam faceret, nec unicam filiam. »

vigueur, il ne suffisait pas que le testateur possédât en réalité une fortune supérieure à cent mille as ; il fallait que l'évaluation de ses biens eût été faite par les censeurs et que ce testateur fût inscrit sur les registres du cens. Or, Cicéron rapporte qu'un certain Annius, que l'on savait très riche, put instituer sa fille héritière, parce que lui-même « census non erat » (1). N'est-ce pas indiquer que le père n'aurait pas eu ce droit et aurait été frappé par les dispositions de la loi Voconia si l'importance de son patrimoine avait été constatée par les censeurs.

Cependant on pourrait objecter que Cicéron, dans un autre de ses ouvrages (2), déclare que la loi Voconia n'empêche pas le disposant de laisser une part de son patrimoine à sa fille. On en conclut qu'une dérogation avait été apportée à la règle générale et qu'il n'était point prohibé au testateur d'instituer sa fille unique. Exception d'autant plus naturelle, dit-on, que les Romains considéraient comme un devoir pour le père d'instituer ses enfants.

Nous pensons que cette explication ne peut être acceptée et que le texte précédemment cité ne fait aucune allusion à la situation de faveur dans laquelle se trouverait la fille unique. Quant au passage dans lequel Cicéron donne au de cujus la liberté de faire parvenir quelque libéralité à sa fille au moyen d'une disposition spéciale du testament, il ne porte aucune atteinte à la solution que nous

(1) Cicéron : *In verrem* : act. II, L. I, 41 et 43.

(2) Cicéron : *de Finibus* II, 17.

croyons devoir adopter. L'auteur, en effet, ne précise pas et rien n'autorise à conclure qu'il ait entendu s'occuper uniquement d'une institution d'héritier. Pourquoi dès lors ne pas admettre que Cicéron a seulement voulu faire mention des limitations apportées par le législateur en matière de legs, dans le second chapitre de la loi ?

On ne peut du reste soutenir que la défense d'instituer la femme entraînait en principe la prohibition de disposer à son profit sous forme de legs, la « *factio testamenti* » faisant également défaut dans le cas d'institution et dans le cas de legs (1). Cette dernière règle n'était pas absolue et nous trouvons dans le droit romain plusieurs exemples qui nous permettent de constater que certaines personnes incapables d'être instituées pouvaient néanmoins recevoir des legs (2) : dans ces exceptions devait être comprise la fille du *de cujus*. Quel aurait été sans cela pour elle le moyen d'acquérir (comme le laisse supposer Cicéron), puisqu'à l'époque où nous nous plaçons, l'institution d'héritier et le legs sont les seuls modes de disposer à cause de mort, et que le premier ne pouvait être employé à son égard ? Que l'on examine du reste les textes qui se rapportent à la loi Voconia, on reconnaîtra que tous ont trait uniquement à l'institution d'héritier. Enfin le jurisconsulte Gaius vient encore corroborer notre opinion.

Après avoir fait une comparaison du fidéi-

(1) Accarias : *Op. cit.* I, p. 890.

(2) *Ibid*, p. 1050.

commis d'hérédité et de l'institution d'héritier, du fidéicommiss particulier et du legs, Gaius s'occupe de la loi Voconia (1). Or, d'après lui, la femme ne peut être héritière testamentaire d'un citoyen de la première classe, alors qu'elle peut recevoir de celui-ci un fidéicommiss. Mais l'auteur s'arrête à cette différence : il n'en indique aucune entre le legs et le fidéicommiss particulier relativement à la loi Voconia. Est-il admissible qu'il eût gardé le silence si l'incapacité de la femme eût été la même pour le legs que pour l'institution d'héritier, alors surtout que, dans le paragraphe suivant, il indique que cette distinction était reçue à l'égard des Latins Juniens.

Par son application exclusive aux femmes, la loi Voconia créait une remarquable inégalité entre les époux (2). Ainsi, tandis qu'il était défendu à un mari dans l'opulence de laisser à sa femme la plus minime partie de sa succession par voie d'institution l'épouse au contraire quelque considérable que fût son patrimoine, pouvait toujours instituer son conjoint et celui-ci était pleinement capable de recueillir les biens. C'était là une conséquence regrettable, mais à laquelle on ne pouvait remédier en présence de la généralité de la loi.

La prohibition aurait été éludée, croyons-nous, si l'on avait permis d'instituer la femme avec une ou plusieurs autres personnes de telle façon qu'elle ne pût recevoir, par suite du partage,

(1) G. II, § 274.

(2) Boissonnade : *Op. cit.* p. 74.

une part plus forte que celle déterminée par la loi. Aussi fallait-il considérer cette disposition comme non avenue. La femme, en effet, était appelée à succéder à une universalité et ne voyait ses droits limités que par le concours des cohéritiers ; ceux-ci venant à disparaître, le droit d'accroissement se serait ouvert à son profit et elle serait ainsi arrivée à recueillir la totalité de la succession contrairement à la volonté du législateur.

Il existait cependant une exception aux dispositions rigoureuses de la loi. Les Vestales avaient conservé une capacité complète relativement aux institutions (1). Seules elles avaient d'abord joui de cette faveur, mais une seconde dérogation fut introduite par la loi Papia Poppœa. Celle-ci permit l'institution de la femme jouissant du « jus liberorum ». (2)

La loi Voconia rencontra de vives oppositions et ne produisit pas les résultats désirés, car il restait possible pour les citoyens d'y échapper par des détours.

D'une part, la loi ne frappe que les citoyens inscrits comme ayant une fortune de plus de cent mille as. Lorsque ceux-ci voudront conserver leur liberté de disposition, il leur suffira de faire une déclaration mensongère ou même de n'en faire aucune. Tel fut le cas

(1) « Sans doute par compensation de l'incapacité dont elles étaient frappées de succéder ab intestat à leur père » (Cuq : *Inst. Jurid.* p. 540 note 6 et p. 464).

(2) Jouissent de ce droit la femme ingénue qui a trois enfants ou la femme affranchie qui en a quatre.

de cet Annus Asellus dont Verrès cassa le testament, contrairement aux usages formalistes de la jurisprudence romaine, qui suivit toujours la lettre plutôt que l'esprit de la loi (1).

En vain, fit-on jurer d'observer la loi, le droit du sang fit taire le droit politique (2).

Lorsque l'institution des fideicommiss eut été introduite, un nouveau moyen fut donné au de cujus de transgresser les ordres du législateur. Le disposant ne sera plus alors obligé de rechercher la honte de n'être pas inscrit au cens pour éluder l'unique loi (3) ; il n'aura plus à dissimuler la valeur de ses biens : il pourra la faire connaître en toute sincérité ; grâce au fideicommis, la femme recueillera les biens que le disposant aura laissés en apparence à un ami. C'était là un procédé qui pouvait présenter quelque danger, puisque l'exécution de la libéralité était soumise à la seule bonne foi du grevé, mais celui-ci, placé entre l'alternative d'être un malhonnête homme ou de désobéir à une loi de l'Etat (4) préféra toujours respecter la volonté du défunt et s'acquitter de la mission de confiance dont il a été chargé. Du reste, ces contraventions portaient dans leur illégalité quelque chose de respectable, parce qu'elles n'avaient ordinairement lieu qu'en faveur de proches parentes (5).

Les moyens indirects, dont pouvaient user

(1) Laboulaye : de la condition des femmes, p. 67.

(2) Giraud : de la loi Voconia : Loc. cit. p. 607.

(3) Ibid. p. 605.

(4) Montesquieu : Loc. cit.

(5) Dezobry : Rome au siècle d'Auguste, t. III, p. 209.

le testateur, devaient rendre inutiles les prescriptions de la loi Voconia. Aussi, celle-ci tomba peu à peu en désuétude. A quelle époque faut-il considérer la suppression de l'incapacité des femmes comme définitive ?

Gaius semble dire que la loi Voconia est encore en vigueur à son époque, mais un passage d'Aulu-Gelle (1) paraît prouver qu'elle avait déjà disparu à ce moment. La contradiction qui existe entre ces deux textes n'est qu'apparente et une conciliation peut être proposée.

Gaius, n'étudiant que les règles du droit, déclare que le testateur, riche de cent mille as, ne peut instituer une femme comme héritière, mais il ajoute qu'il est possible de méconnaître cette prohibition au moyen des fideicommissis. Aulu-Gelle rapporte seulement, comme historien, ce qui existait en fait et, considérant que les femmes arrivaient toujours à recueillir les biens héréditaires, semble conclure de là à la suppression de la loi Voconia, sans remarquer que le cas où l'on reçoit la succession comme héritier doit être soigneusement distingué de celui où l'on est seulement fideicommissaire.

Quoiqu'il en soit, on peut dire que l'idée qui avait dicté le système de la loi Voconia n'était plus vivante sous l'Empire ; elle disparut par suite de l'abolition du cens, de l'avènement de principes différents en matière de capacité (lois Caducaires) et aussi par l'état des fidei-

(1) Aulu-Gelle, L. XX. C. I. § 22.

commis (1). En droit nouveau, il n'y a plus de différence entre les sexes sur ce point.

4° *Incapacités créées par les Empereurs* : Sous l'influence du christianisme, furent établies un certain nombre d'incapacités nouvelles.

Ainsi Théodose, en 391, refuse la « *factio testamenti* » aux apostats (2); Constantin, en 407, en prive certaines sectes d'hérétiques (Donanistes et Manichéens) (3).

Fut également déclaré incapable, le fils de celui qui avait été condamné pour crime de lèse-majesté. Les empereurs Honorius et Arcadius déclarent, dans la constitution qui vise cette hypothèse, que le pouvoir suprême fait preuve d'une grande clémence en laissant la vie à ces descendants, car il y a toujours lieu de craindre pour eux l'exemple paternel. Il faut donc les empêcher d'arriver aux honneurs et d'acquérir des richesses afin que, vivant pauvres et misérables, ils ne trouvent que dans la mort la fin de leur supplice (4).

La femme qui n'a pas observé l'année de deuil encourt certaines pénalités, notamment elle est « *expers.... omnium hereditatum* » (5).

Aux empereurs Honorius et Arcadius, il faut encore attribuer une constitution rendant inefficace l'institution des enfants incestueux par leurs

(1) Labbé : *Loc. cit.* t. II. p. 782.

(2) L. 4 C. 1-7.

(3) L. 3 C. 1-5.

(4) L. 5, § 1 C. 9-8.

(5) L. 1 C. 5-9.

parents et réciproquement celle des parents par les enfants issus d'une union incestueuse.

Une autre constitution prononce une incapacité partielle pour les enfants naturels. Ceux-ci, lorsqu'ils viennent en concours avec la mère ou les descendants légitimes du testateur, ne peuvent être institués que pour un douzième au plus de la succession (1). La concubine qui se trouvait appelée par testament dans les mêmes conditions par le concubin ne pouvait recevoir, au maximum, qu'un vingt-quatrième de la succession.

Si, dans ces hypothèses, le de cujus avait désigné ces deux classes de personnes pour une part trop forte, ce qui dépassait la quotité permise revenait de droit aux autres héritiers.

Il en fut ainsi jusqu'à ce que la Novelle 89 (Chap. XII) vint effacer la mère du testateur du nombre des personnes dont la présence réduisait la part de l'enfant naturel.

Une exception avait cependant été introduite dès 442, lorsque fut admise la légitimation par oblation à la curie. Le père naturel qui avait offert son fils à la curie ou dont la fille avait épousé un curial, avait la faculté de leur laisser la totalité de son patrimoine. L'enfant ne pouvait même, dans le but d'échapper à la charge de « curialis », répudier les libéralités que lui faisait le père.

Enfin, en 469, l'empereur Léon réglementa les droits du conjoint de l'époux qui a convolé en secondes noces, ayant des enfants d'un premier lit. Ce conjoint ne peut être institué que

(1) L. 2. C. 3-27.

jusqu'à concurrence de la part d'un des enfants, si tous ceux-ci sont appelés pour la même quotité et jusqu'à concurrence de la part de l'enfant le moins prenant, si les biens héréditaires ont été inégalement répartis entre les descendants.

II. — Du Jus Captendi

Recherchons maintenant quelles étaient les personnes qui, jouissant de la « *factio testamenti passiva* » ne pouvaient cependant recueillir le bénéfice de l'institution.

1° *Latins Juniens* : A l'origine l'affranchissement fait suivant un mode solennel par un maître propriétaire « *ex jure Quiritum* », procurait à la fois au « *servus* » la liberté et le droit de cité. Si, dans la suite, les anciens modes solennels de « *manumissio* » furent longtemps conservés et continuèrent à produire les mêmes effets, certaines lois permirent de conférer à l'esclave, par divers moyens, une liberté de fait qui le laissait néanmoins privé de la qualité de citoyen.

Telle fut la situation de ceux qui n'avaient pas été libérés de la servitude « *censu* », « *vindicta* » ou « *testamento* », de ceux qui tenaient la liberté du propriétaire bonitaire ou qui, âgés de moins de trente ans, l'avaient acquise par « *cessio in jure* » sans qu'un conseil spécial y eût donné son approbation.

On admit que ces divers affranchis seraient considérés comme libres, mais ils furent assi-

milés aux « Latini coloniarii » quant aux droits que leur donnait leur affranchissement. De là pour eux le nom de Latins auquel on ajouta celui de Junien dans le but de les distinguer des autres Latins et en souvenir de la loi qui les avait placés dans cette situation particulière (1).

Comme les « Latini coloniarii, » les Latins Juniens étaient privés des droits politiques et du « connubium, » mais afin de ne pas les laisser dans un état d'incapacité civile, on leur accorda certaines facilités surtout en matière de commercium. Ils eurent un droit latin réduit au minimum, c'est-à-dire le « jus commercii », moins le droit d'hériter et de tester (2) ; telle fut la dérogation admise à leur égard par une clause spéciale de la loi Junia Norbana. Celle-ci conserva donc aux affranchis dont elle s'occupait, la faculté de figurer dans les actes de dernière volonté, mais elle leur interdit de recueillir les biens qui leur étaient laissés sous forme de legs ou d'institution si lors du décès du disposant ou dans un délai de cent jours, ils n'avaient acquis la cité romaine (3).

Les Latins Juniens purent aisément échapper aux déchéances. Nombreux et faciles étaient pour eux les modes d'obtenir la qualité de citoyen ; de plus le de cujus pouvait subordonner son institution à la condition que l'institué ne serait héritier qu'à l'époque où il aurait acquis

(1) G. I, § 18 à 22.-III, § 56.

(2) Bouché-Leclercq : Op. cit. p. 367. — Madwig. Op. cit. I p. 78. — Ulp. Reg. V § 4 et 9.

(3) Ulp. Reg. XX. § 8. — XVII, § 1.

le « jus capiendi » (« cum capere potuerit ») (1). Enfin leur position fut encore améliorée lorsque l'institution des fideicommiss eut été introduite dans la législation.

Justinien supprima les diverses catégories d'affranchis et accorda le droit de cité à tous ceux qui seraient valablement relevés de la servitude. Cette mesure ne fut que la consécration d'une situation qui existait depuis longtemps en fait. Dès lors rien ne s'opposa à la validité de l'institution de tout affranchi.

2° *Cœlibes et Orbi* : Les lois Julia et Popia Popœa rendues, la première en 757, la seconde en 762, étaient des lois d'exception qui, dans le but de repeupler l'empire, favorisaient de toute manière le mariage, le concubinat, et la procréation des enfants (2).

Dès l'origine on avait cherché à encourager les unions légitimes, mais l'état d'impuissance et d'abaissement dans lequel le mariage était tombé à la fin de la République, le flot montant de l'immoralité rendaient inutiles ces sages principes (3).

Les lois nouvelles considèrent le mariage comme un impôt dû à l'Etat (4) ; elles divisent les citoyens en deux classes : d'une part les « cœlibes » qui sont déclarés incapables de recueillir les successions pour lesquelles ils ont été

(1) L. 62 pr. D. 28-5.

(2) Brocher : Op. cit. p. 113.

(3) Madwig : Op. cit. III, 230.

(4) Duruy : Op. cit. III, p. 778.

institués (1), d'autre part, les orbi à l'égard desquels est créée une incapacité de même nature, mais restreinte à la moitié de ce qui leur a été laissé (2).

Par « cœlibes » on entendait l'homme ou la femme qui n'étaient pas mariés en justes nocces et n'avaient pas d'enfants légitimes. Sous le nom d' « orbi » étaient compris l'homme ou la femme qui, mariés, n'avaient pas au moins un enfant légitime vivant ou simplement conçu.

Remarquons que le célibataire est puni plus sévèrement que le citoyen sans enfants et cela s'explique, car le dernier avait en se mariant fait au moins une preuve de soumission à la loi (3).

Qu'il s'agisse de célibat ou d' « orbitas, » on ne considérait du reste ni le sexe ni le degré de parenté de ceux qui étaient frappés.

Un certain nombre d'exceptions furent reconnues et l'on peut citer comme échappant aux rigueurs des lois caducaires :

1° L'homme âgé de moins de vingt-cinq ans et la femme mineure de vingt ans (4).

2° L'homme qui a plus de soixante ans et la femme qui est parvenue à sa cinquantième année, pourvu qu'ils aient été mariés à la limite fixée par la loi. Leur situation n'était pas cependant identiquement la même.

(1) « Cœlibes... per legem juliâam hereditates legataque prohibuntur » (G. II, § 286.)

(2) « Orbi... per legem Papiam ob id quod liberos non habent dimidias partes hereditatum legatorumque perdunt » (G. Ibid.).

(3) Duruy : Op. cit. III. p. 778.

(4) Ulp. Reg. XVI, § 1.

Tandis que la femme devenait perpétuellement incapable si elle n'était pas mariée lorsqu'elle atteignait sa cinquantième année, l'homme pouvait au contraire redevenir capable si, sexagénaire, il avait épousé une femme ayant moins de cinquante ans. Mais si la femme avait plus que cet âge, celui qui l'épousait, après être devenu sexagénaire, n'était pas relevé de son incapacité (1).

3° Pendant deux ans, celui qui est fiancé à une majeure de dix ans (2).

4° Les impuissants (3).

5° Ceux qui sont absents « Reipublicæ causâ » (4).

6° Les cognats du testateur jusqu'au sixième degré inclusivement et même au septième degré, les enfants d'un petit cousin ou d'une petite cousine (« sobrino sabrinave nati ») (5).

7° Les alliés en ligne directe (6).

8° Les militaires (7).

9° L'Empereur (8).

10° La veuve pendant les deux premières années qui suivent le décès du mari, et la femme divorcée pendant dix-huit mois après le divorce (9). Les délais avaient été primitivement fixés

(1) Ulp. Reg. XVI, § 3.

(2) Dion-Cassius L. 54, C. 16.

(3) L. 128 D. 50-16.

(4) L. 36 et 38 D. 4-6.

(5) Frag. Vat. § 216.

(6) Frag. Vat. § 218 et 219.

(7) Dion Cassius L. 50.

(8) L. 31 D. 1-3.

(9) Ulp. Reg. XIV.

par la loi Julia à un an en cas de mort du mari et à six mois en cas de divorce.

11° M. de Savigny, qui argumente d'un passage de Suétone, décide que les « *feminæ famosæ* » condamnées pour « *lenocinium* » étant devenues incapables de contracter mariage, ne pouvaient être punies à raison d'un célibat qui était pour elles une condition forcée.

Nous pensons qu'il n'en était pas ainsi et que ces femmes étaient privées du « *jus capiendi* ». Admettre la solution contraire eût été leur permettre de tirer parti de l'état honteux auquel elles s'étaient réduites (1).

12° Faut-il avec Cujas et Pothier décider que les fils de famille devraient être compris au nombre des personnes exceptées par ce seul fait que le refus du consentement de leur père à leur mariage les obligeait à rester célibataires ?

Nous croyons que cette doctrine ne peut être admise, car le fils pouvait avoir recours au magistrat pour vaincre la résistance du père (2). Ajoutons que le « *filiusfamilias* » ne pouvant rien posséder en propre, n'aurait donc pas profité de l'exception : celle-ci aurait été en réalité introduite uniquement dans l'intérêt « du pater ».

Il nous reste à rechercher quelle était la situation d'une certaine classe de personnes auxquelles Ulpien donne le nom de « *patres solitarii* » (3). On a vivement discuté sur le sens de cette expression. Pour la plupart des anciens auteurs

(1) Machelard : Dissert. sur l'Accroissement, p. 76-77.

(2) Eod. Loc. p. 79-80.

(3) Ulp. Reg. XIII.

le « *pater solitarius* » est l'homme veuf n'ayant qu'un enfant. Pour d'autres, et c'est l'opinion qui tend à prévaloir chez les commentateurs modernes, le « *pater solitarius* » est l'homme veuf ou divorcé qui a un ou plusieurs enfants : le nom de « *solitarius* » venait de ce qu'il n'avait pas d'épouse.

Les textes faisant complètement défaut, nous ne pouvons déterminer dans quelle mesure les lois Julia et Papia Poppœa l'atteignaient.

Un délai de cent jours était accordé par la loi aux diverses personnes privées du « *jus capiendi* » pour se conformer aux conditions imposées.

Lorsque l'institution était conditionnelle, c'était seulement à partir de l'arrivée de la condition que l'on comptait les cent jours, car c'était seulement de ce moment que l'adition était possible. Dans ce cas, le défaut de « *jus capiendi* » était donc souvent prolongé au-delà du laps de temps déterminé par la loi, mais il y avait là une conséquence inévitable des principes généraux.

Les jurisconsultes avaient du reste reconnu que l'institution pouvait être soumise par le disposant lui-même à la condition que le gratifié acquit le « *jus capiendi* » ; la libéralité était alors véritablement conditionnelle : il fallait donc lui appliquer les règles relatives aux dispositions auxquelles était apposée une condition.

Les lois Julia et Papia Poppaea provoquèrent des chicanes et des dénonciations. On chercha par mille moyens à se soustraire à leurs rigueurs et le goût de la vie immorale et dissolue resta le même qu'auparavant (1).

(1) Madwig : *Op. cit.* III, p. 234.

3° *Feminæ probosæ* : Suétone nous apprend que Domitien les avait privées du « jus capiendi legata hereditatesque. » (1)

Constantin avait déjà supprimé les incapacités résultant du célibat et de l'« orbitas » : Justinien fit disparaître complètement les lois caducaires. Ce prince ayant également assimilé les diverses catégories d'affranchis, il n'y eut plus alors à distinguer le « jus capiendi » de la « factio testamenti ». Ces deux termes furent, dans la suite, souvent confondus (2).

Faut-il aller jusqu'à dire que, dès le règne de Justinien, celui qui peut être valablement institué sera dans tous les cas capable de recueillir les biens héréditaires?

On ne pourrait le soutenir. Un fragment du Code de Justinien prouve du reste qu'il existait au moins une exception (3). D'après ce texte, le second conjoint d'un époux marié en secondes noces et ayant des enfants issus de son premier mariage ne peut recevoir de cet époux à titre gratuit qu'une part d'enfant le moins prenant. Admettons, par hypothèse, que ce second conjoint ait été institué pour le tout : il ne recueillera le patrimoine entier, dit la constitution, que s'il vient seul à la succession par suite du prédécès de tous les enfants. Mais si un ou plusieurs de ceux-ci survivent, le droit de l'époux sera plus ou moins fort selon le nombre des survivants.

(1) Suétone : Vie de Domitien, VIII.

(2) § 4, inst. II, 19.

(3) L. 6. C. 5-9.

L'existence d'enfants du premier lit au jour de la confection du testament ne lui ôte pas la « factio testamenti », mais leur existence au jour du décès réduit son « jus capiendi ».

CHAPITRE V

Institution des Esclaves

On admet généralement aujourd'hui que, primitivement, l'esclave fut associé au culte et compris dans la famille comme membre d'ordre inférieur. Son entrée dans le groupe familial était une conséquence de son entrée dans la maison. De là, à la vocation héréditaire, il n'y a, dit M. de Lapouge, qu'un pas facile à franchir (1).

Mais un esclave peut-il être institué héritier par testament ?

Si l'on prétend que l'on ne pouvait prendre pour héritières, que les personnes admises aux comices, l'esclave se trouverait dès lors classé au nombre de celles dont l'institution était impossible, mais, pour notre part, nous croyons qu'il n'était nullement nécessaire que l'héritier institué « *calatis comitiis* » fût présent à la confection du testament ; par suite, l'esclave institué en la forme comitiale était donc valablement désigné et il était apte à remplir le rôle qui lui était confié.

Mais, lorsque la « *familiæ mancipatio* » fut

(1) De Lapouge : Loc. cit. p. 432. — Cuq : Inst. jur. p. 168.

employée pour tenir lieu de testament, une règle certaine fut établie : le « *familiæ emptor* » devait avoir la capacité de recevoir une mancipation et de la recevoir du testateur lui-même. De là, exclusion de toutes les personnes placées sous la puissance du disposant, et notamment de ses esclaves ; mais, en sens contraire, le principe que nous venons de poser n'empêchait pas l'institution des esclaves appartenant à des tiers.

Enfin, du jour où la « *familiæ Mancipatio* » fut définitivement transformée, où le « *familiæ emptor* » ne fut plus qu'un simple témoin, le nombre des restrictions diminua en ce qui concerne la capacité du gratifié et les esclaves purent être librement institués, qu'ils soient soumis à l'autorité du *de cuius* ou à celle de tout autre maître.

Ulpien pose ce principe et indique de quelle manière doit avoir lieu cette institution, d'abord quand il s'agit d'un « *servus proprius* », puis quand il s'agit d'un esclave d'autrui. (1).

Nous suivrons cette distinction et nous nous occuperons successivement :

- 1° De l'institution d'un « *servus proprius* ».
- 2° De celle d'un « *servus alienus* ».

I. — Institution d'un « *servus proprius* »

Diverses hypothèses peuvent se présenter :

- 1° *Institution d'un esclave dont le disposant*

(1) Ulp. Reg. XXII, § 7.

à la *pleine propriété* : pour que cette institution fût valable, il était nécessaire que le maître conférât expressément la liberté à son esclave en même temps qu'il le nommait son héritier (1). Aussi fallait-il que ce dominus ait le pouvoir d'affranchir le servus au moment de la confection du testament. Il était de plus exigé que par la « *manumissio* » l'esclave devînt citoyen romain, sinon il n'aurait eu que la qualité de Latin Junien ou celle de déditice. Or, de ces deux classes de « *liberti* » la première n'avait pas le « *jus capiendi* », et la seconde ne jouissait même pas de la « *factio testamenti* .»

Le maître pouvait rencontrer dans certaines lois spéciales des entraves au pouvoir qu'il avait d'instituer ses esclaves. Ainsi la loi *Ælia Sentia* prohibait les affranchissements faits en fraude des créanciers, sauf dans le cas où le disposant mourait insolvable. Mais cette faveur, qui avait pour but d'éviter la vente des biens héréditaires au nom du testateur après sa mort, était elle-même soumise à deux restrictions.

En premier lieu le *de cujus* insolvable ne pouvait instituer qu'un seul esclave ; celui-ci devenait « *heres necessarius* » et c'était en son nom que se faisait la vente. Si deux esclaves étaient désignés dans le testament, c'était le premier nommé qui venait à l'hérédité. Cette limitation est même si strictement observée que le jurisconsulte Julien n'hésite pas à déclarer nulle l'institution faite en faveur de deux esclaves du

(1) G. II, § 186-187.

même nom si l'on ne peut reconnaître lequel d'entre eux le testateur a préféré à l'autre. (1)

En second lieu, la mesure prise en faveur du débiteur sans fortune pour lui permettre de s'assurer un héritier, n'était employée qu'à défaut de tout autre moyen. Par exemple, si un substitué a été nommé et qu'il accepte la succession, il viendra de préférence à l'esclave (2).

Cependant si celui qui avait reçu la liberté d'un maître sans solvabilité et avait été en même temps institué héritier était appelé avec un coïnstitué, tous deux venaient en concours si ce dernier n'avait été nommé que pour le cas où l'esclave lui-même deviendrait « heres » (3).

Les empereurs Sévère et Antonin établirent une seconde prohibition relativement à l'institution des esclaves (4). Ils décidèrent que la femme ne peut, lorsqu'elle est accusée d'adultère avec son esclave, affranchir celui-ci avant le prononcé de la sentence; il en résulte, dit le texte, qu'elle ne pouvait l'instituer avant ce moment.

En dehors des mesures restrictives prises par les lois spéciales, l'institution de l'esclave par son maître était donc valable à la seule condition que la liberté fût expressément léguée à l'héritier.

Quels étaient les effets d'une telle institution ?

L'institution et l'affranchissement n'étaient-ils accompagnés d'aucune modalité : l'esclave, dès

(1) L. 42 D. 28-5.

(2) § 1, Inst. I-6.

(3) L. 88 D. 28-5.

(4) L. 48, § 2 D. Eod. Tit.

la mort de son maître, devenait libre et héritier nécessaire, en supposant qu'il soit resté « *in eadem causa* ». La liberté lui avait-elle été déjà conférée et ne venait-il à la succession testamentaire que comme affranchi, il était héritier externe et pouvait, comme il lui plaisait, accepter l'hérédité ou y renoncer. Était-il encore esclave, mais appartenant à un maître autre que le testateur, il était encore héritier externe, mais il ne pouvait recueillir la succession que sur l'ordre et pour le compte de son nouveau maître. Dans ce cas, la clause testamentaire n'était pas annulée par le fait de l'aliénation du gratifié, mais l'affranchissement seul se trouvait révoqué.

Lorsque l'affranchissement était pur et simple et l'institution conditionnelle, l'esclave n'acquerrait la liberté dès le moment du décès du disposant que si la condition s'était déjà réalisée à cette époque. En effet si plus tard la condition s'accomplissait, il devenait à la fois libre et « *heres necessarius* », tandis que si la modalité venait à défaillir on le considérait comme ayant seulement reçu la liberté par testament et il ne pouvait l'obtenir que si un autre institué, remplissant le rôle d'héritier, la lui conférait (1).

Si l'affranchissement était conditionnel et l'institution pure et simple, tant que la condition restait en suspens rien n'était changé dans la situation de l'esclave, mais celui-ci obtenait la liberté et l'hérédité dès que l'évènement prévu s'était produit. Une sous-distinction était toutefois nécessaire si le *de cuius* avait aliéné ou

(1) L. 21. § 1 et L. 22 D. 28-5.

affranchi de son vivant le « servus » qu'il appelait à sa succession.

L'institution devenait sans valeur si la condition avait déjà fait défaut au moment où le maître avait cessé d'avoir l'esclave sous sa puissance. Mais si la condition était encore pendante, il y avait au cas de vente, institution d'un « servus alienus » et celui-ci devait attendre l'ordre de son maître pour faire adition (1).

Enfin, lorsque l'affranchissement et l'institution étaient soumis à une condition, l'esclave était tenu d'attendre la réalisation de la modalité pour acquérir la liberté et l'hérédité. Il y avait droit dès le décès si à cette époque la condition était accomplie.

Justinien supprima l'obligation d'affranchir formellement l'esclave dans le testament qui l'institue. D'après ce prince, la désignation d'un « servus » comme héritier fait présumer l'intention de le tirer de la servitude. Dès lors il faut décider que l'institution sera valable toutes les fois que le maître pourra conférer la liberté à celui qu'il veut gratifier (2).

2° *Institution d'un esclave dont le testateur n'a que la nue-propriété ou l'usufruit*: A l'époque classique, le nu-propriétaire pouvait bien instituer son esclave et lui faire acquérir la qualité de citoyen, mais l'effet de cette double disposition était reculé jusqu'au moment de l'extinction du droit de l'usufruitier. Tel est le principe

(1) L. 38, § 2 et 3 D. Eod. Tit.

(2) Pr. Inst. II, 14.

énoncé par Ulpien et rapporté dans la loi 9 § 20 D. de her. inst. 28-5. Cependant le même jurisconsulte semble poser une règle différente dans un autre texte et indiquer que l'esclave affranchi par le nu-propriétaire restait « servus, » mais devenait « servus sine domino » (1). Ces deux fragments ne sont pourtant pas en contradiction et il est facile de les expliquer en les appliquant à deux hypothèses distinctes.

Dans le tit. 1 § 19 de ses Règles, Ulpien suppose que l'affranchissement a été fait par le nu-propriétaire de son vivant et il le déclare nul par suite de l'existence d'un usufruit.

Dans le tit. 9 § 20, au contraire, la « manumissio » qui résulte d'un testament et de laquelle dépend une institution peut être conditionnelle et l'on peut présumer que la liberté et l'hérédité n'ont été conférées au « servus » que pour l'époque où l'usufruit aura pris fin.

A partir de Justinien, le nu-propriétaire peut affranchir l'esclave et l'instituer héritier : ces dispositions sont valables et elles produisent leur effet aussitôt, mais sous réserve des services dus à l'usufruitier. L'affranchi pourra donc recueillir les biens héréditaires dès qu'il le voudra et en avoir la propriété, car ils ont été acquis autrement que « ex operis suis » ou « ex re fructuarii. »

Quant à l'esclave sur lequel le disposant n'a qu'un droit d'usufruit, il est, par rapport à

(1) Ulp. Reg. I, § 19.

l'usufruitier, « servus alienus. » Nous renvoyons donc à la section suivante l'examen des règles qui s'y rapportent.

3° *Institution de l'esclave dont le testataire est copropriétaire* : à l'époque classique cette institution est valable, qu'elle soit ou non accompagnée du don exprès de la liberté, mais c'est toujours au copropriétaire de l'esclave que parvient le bénéfice de la disposition. En effet, ou cet esclave est institué « cum libertate », il appartient alors « jure accrescendi » au copropriétaire et celui-ci doit profiter des acquisitions faites par son « servus. » Ou il a été institué « sine libertate, » mais comme il ne peut recueillir l'hérédité sans le « jussus adeundi » du maître survivant, c'est donc à celui-ci que reviennent les biens de la succession (1).

A partir de Justinien, est-il encore nécessaire de distinguer ? Si l'esclave a été institué « cum libertate, » il obtiendra la liberté et l'hérédité à la condition qu'une indemnité soit accordée au copropriétaire privé de ses droits sur le « servus. » Si l'esclave a été institué « sine libertate, » un doute peut s'élever. On doit en effet se demander, si le testateur en attribuant ses biens à son esclave sans en même temps lui accorder la liberté, n'a pas voulu par là indiquer que le « servus » resterait dans l'esclavage ou si, au contraire (comme dans le cas où il s'agit d'un « servus proprius ») la seule nomination de l'esclave comme héritier n'est

(1) Ulp. Rég. XXII § 7 et 9.

pas présumée contenir un affranchissement sous entendu.

Nous croyons qu'il faut étendre à cette hypothèse la disposition prise par Justinien à l'égard du « *servus proprius* » et que l'esclave institué « *sine libertate* » peut, moyennant une indemnité au copropriétaire dépouillé, jouir personnellement du patrimoine que lui a laissé le *de cuius*. Dans le doute, en effet, il y a lieu de penser que ce dernier a voulu affranchir l'esclave et l'avoir pour héritier nécessaire.

II. — Institution des esclaves d'autrui.

Il faut, pour pouvoir instituer un « *servus alienus* » avoir la « *factio testamenti* » avec le maître de cet esclave. Tel est le principe posé par Ulpien (1) et fondé sur ce que l'esclave doit emprunter dans ce cas à la personne de son maître, la capacité d'être institué.

A une certaine époque cependant existait une exception. En effet, bien qu'antérieurement à l'empereur Léon les municipes ne pussent être institués, leurs esclaves étaient néanmoins capables d'acquérir l'hérédité, et si par la suite, ces esclaves étaient affranchis ou aliénés, ils recueillaient la succession pour eux-mêmes ou pour leur nouveau maître (2).

Quant à la question de savoir à qui profitera le bénéfice de l'institution, elle dépendra de la condition de l'esclave au jour de l'adition.

(1) Ulp. Reg. XXII, § 9.

(2) L. 23, § 1 D. 29-2.

A-t-il à cette époque acquis la liberté, il succèdera au défunt pour son propre compte. Est-il encore en esclavage, il est obligé d'obtenir le « jussus » de son maître actuel pour pouvoir prendre les biens héréditaires et ce sera ce maître qui les recueillera par l'intermédiaire du « servus ». L'espérance de l'hérédité repose donc sur la tête de cet esclave et le suit dans ses diverses conditions jusqu'à ce que le droit soit définitivement acquis (1). De telle sorte que la chance de profiter de la libéralité du défunt « ambulat cum dominio » (2).

Lorsque l'esclave institué comme « servus alienus » est devenu la propriété du disposant lors du décès de celui-ci, l'institution est inefficace et l'esclave n'acquiert pas une liberté qui lui a été donnée « inutiliter » (3). Un testateur ne saurait en effet affranchir valablement l'esclave qu'il institue que s'il en est propriétaire à l'époque de la confection du testament et au moment de l'ouverture de la succession (4).

Les règles auxquelles est soumise l'institution d'un « servus alienus » s'appliquent également au « filiusfamilias alienus ». Pour ce dernier, il y a lieu de rechercher s'il est encore soumis à la puissance paternelle ou s'il est devenu « sui juris ».

Mais qu'il s'agisse de l'institution d'un esclave ou de celle d'un fils de famille, le testateur aura

(1) Ortolan; Op. cit. t. II, p. 494.

(2) L. 2, § 9 D. 37-11.

(3) L. 49 pr. D. 28-5.

(4) Ulp. Reg. 1, § 23.

toujours le moyen de leur faire parvenir personnellement le bénéfice de l'institution ; il suffit pour cela de les instituer sous une des conditions « quum liber erit » (pour le servus), « si emancipatus fuerit » ou « quum sui juris factus fuerit » pour le « filiusfamilias » (1). Dans ce cas ce sera l'institué lui-même qui profitera de la libéralité sans que la personne sous la puissance de laquelle elle se trouvait puisse en retirer aucun avantage.

Il est bon de faire remarquer ici que la qualité d'héritier n'est pas donnée à celui qui profite des acquisitions de la personne placée sous sa puissance. Par suite, on ne pourrait mettre des legs à la charge du père ou du maître : ces libéralités seraient nulles (2).

Institution d'un esclave appartenant à une hérédité jacente : Si un doute a pu s'élever relativement à la valeur d'une telle institution, c'est que dans l'intervalle qui sépare la mort du disposant de l'adition de l'héritier, les biens de la succession ne sont plus la propriété du de cuius et n'appartiennent pas encore à l'héritier. Dans la rigueur des principes, l'esclave devrait donc être considéré comme une « res nullius » et dès lors son institution serait impossible.

Cependant, on admet que, dans ce cas, il faut faire intervenir la fiction en vertu de laquelle, jusqu'à l'adition, l'hérédité représente et continue la personne du défunt. C'est donc avec celui-ci que le testateur doit avoir la

(1) L. 58 D. 5-3. — L. 46 D. 28-5.

(2) Ulp. Reg. XXIV, § 21.

« factio testamenti », et il n'y a pas lieu de s'occuper de l'héritier futur (1).

L'importance pratique de cette décision se manifeste dans diverses hypothèses particulières. En effet :

1° Ayant le « factio testamenti » avec le défunt, je peux instituer un esclave faisant partie de son hérédité, bien que son institué soit un posthume qui n'est pas encore né.

2° De même, il m'est permis, bien que je possède une fortune de plus de cent mille as, d'instituer l'esclave faisant partie d'une succession dont la valeur est inférieure au chiffre ci-dessus, et qui doit revenir à une femme. La loi Voconia ne peut s'appliquer si j'avais la « factio testamenti » avec le défunt, et si la femme instituée par lui n'a point encore fait adition.

3° Enfin, si la personne dont l'hérédité est « jacens » était militaire et a institué un pérégrin, je peux, bien que je ne sois pas dans l'armée, appeler à ma succession un « servus hereditarius », si j'avais le pouvoir d'instituer son maître au moment du décès.

Nous remarquons avec M. Demangeat, à qui sont empruntés ces exemples, que dans les deux derniers cas, au moment où l'esclave fera adition de mon hérédité, il faudra qu'il ait cessé d'appartenir au « peregrinus » ou à la femme (2), car la « factio testamenti » doit

(1) § 2, Inst. II, 14.

(2) Demangeat : Op. cit. t. I, p. 687-688.

exister au moment de l'adition entre le de cujus et celui qui recueille l'hérédité.

Esclaves communs : La validité de leur institution était soumise à une seule condition : que le testateur eût la « factio testamenti » avec l'un des propriétaires de l'esclave. Le bénéfice de l'institution revenait aux maîtres qui avaient donné l'ordre de faire adition, en proportion de leur part de propriété sur l'esclave (1).

Si l'esclave avait été institué par un de ses co-propriétaires, il y avait lieu de distinguer, comme nous l'avons vu, suivant qu'il était nommé « sine » ou « cum libertate ».

Dans le premier cas, les copropriétaires survivants pouvaient recueillir les biens héréditaires en donnant à l'esclave le « jussus adeundi ». Dans le second cas, ils acquéraient « jure accrescendi » la propriété exclusive de cet esclave, puisque l'un des maîtres ne pouvait, par sa seule volonté, dépouiller les autres de leurs droits sur l'esclave commun.

Justinien décida que l'esclave deviendrait libre et profiterait personnellement de la succession, sous la seule réserve qu'une indemnité serait payée par lui aux copropriétaires survivants.

Esclave grevé d'usufruit ou possédé de bonne foi : Si un testateur institue un esclave sur lequel il n'a qu'un droit d'usufruit, il y a là en réalité une institution faite en faveur d'un

(1) § 3, Inst. II, 14.

« servus alienus » ; elle ne produira donc son effet que si le de cujus a la « factio testamenti » avec le nu-propriétaire de l'esclave et c'est ce nu-propriétaire qui recueillera les biens laissés à ce dernier.

Que faut-il décider si un esclave, appartenant en nue-propriété à une personne et en usufruit à une autre est institué par un tiers ? L'usufruitier n'aura pas en principe le droit de recueillir les valeurs héréditaires. Il ne peut en effet prétendre qu'aux bénéfices acquis par l'esclave « ex re suâ » ou « ex operis servi » : la succession ne pouvant être comprise dans l'une ou l'autre de ces causes d'acquisition, elle appartiendra donc au nu-propriétaire.

Cependant, on admet que s'il apparaît clairement, d'après les circonstances, que le testateur a entendu laisser son patrimoine à l'usufruitier personnellement, il faudra respecter cette volonté et considérer l'hérédité comme une acquisition « ex re fructuarii ». (1).

Quant à l'esclave d'autrui possédé de bonne foi par un tiers, il ne peut rien acquérir pour son maître (bien que celui-ci lui ait donné l'ordre de faire adition), car il n'est pas même soumis à l'usufruit vis-à-vis de ce maître (2).

Homme libre possédé de bonne foi comme esclave : Il faut supposer qu'un homme, ignorant qu'il est libre en droit, est possédé de bonne foi comme esclave par un tiers. Cet homme est

(1) L. 21 D. 7-1.

(2) L. 25 pr. D. 29-2

institué héritier : à qui profitera l'institution et qui sera « heres » ? Sera-ce le possesseur ou le prétendu esclave ?

Un fragment du Digeste nous montre que les jurisconsultes n'étaient point d'accord sur cette dernière question (1). D'après Trebatius, cet homme « in servitute » était héritier dès qu'il avait fait adition et il n'y avait nullement à rechercher s'il avait agi volontairement ou non. Labéon fait au contraire une distinction.

L'esclave de fait n'est-il venu à la succession que parce qu'il y était forcé, « necessitate » : « tunc non esse heredem. » Y est-il venu librement, sans contrainte, il doit alors être considéré comme « heres ». Telle était également la solution proposée par Paul (2).

Quant au bénéfice résultant de l'institution, il ne peut parvenir au prétendu maître, car on ne peut dire qu'il y a pour lui une acquisition « ex re suâ » ou « ex re fructuarii » (3). Cependant, Pomponius permet à l'esclave de fait (quand le disposant aura manifesté la volonté formelle que le possesseur profite de la succession), de recueillir les biens héréditaires, mais à charge pour lui de les restituer à celui qu'il croit avoir pour maître. Julien décide même que ce dernier peut, dans ce cas, donner le « jussus adeundi » (4).

Institution du captif ou de son esclave : celui

(1) L. 39. pr. D. 28-5.

(2) L. 19 D. 41-1.

(3) Ibid.

(4) L. 45, § 4, D. 29-2.

qui est captif chez l'ennemi peut être valablement institué car, grâce à la fiction du « postliminium », tous les droits qui reposent sur sa tête « in suspenso retinentur, non abrumpantur » (1). Donc, si le captif peut fuir et revenir sur le territoire romain, il lui sera possible de recueillir l'hérédité.

Mais s'il vient à mourir « apud hostes » il était, dit-on, d'après la loi Cornélia, présumé décédé du jour de sa captivité : dès lors, l'institution était nulle comme se rapportant à un défunt (2). Nous acceptons cette conséquence, mais nous ne pensons pas qu'elle résulte de la loi Cornélia directement ; la nullité de l'institution ne fut admise, à notre avis, que par suite de l'extension donnée à la loi précitée par la jurisprudence classique (3).

En droit strict, il aurait fallu prononcer l'inefficacité de l'institution faite en faveur de l'esclave d'un captif, car les biens de ce dernier sont « res nullius » pendant le temps de sa captivité. Cependant, on avait admis la validité de la disposition en la justifiant par certaines fictions.

Si le maître revient de captivité, en vertu du « postliminium », on le considère comme ayant conservé tous ses droits sur les biens qui composent son patrimoine. Donc, pourvu qu'il ait

(1) L. 32, § 1, D. 28-5.

(2) Accarias : Op. cit., t. I, p. 888.

(3) Cuq : Inst. Jur., p. 573, note 2. — Dans l'ancien droit romain, le postliminium n'a pas la même étendue qu'il a plus tard. A l'origine, il n'est que la constatation d'un fait ; dans la suite on en fit un état de droit.

la « factio testamenti » avec le testateur, son esclave pourra être valablement institué, comme pourrait l'être l'esclave de tout citoyen capable.

Si au contraire le maître meurt étant encore « apud hostes », on en arriva à le réputer décédé dès le jour de sa captivité. Il y a alors une institution d'un « servus hereditarius »; or, nous avons vu précédemment que la législation de Rome reconnaissait la validité d'une telle institution. (1).

(1) L. 32, § 1. D. 28-5.

CHAPITRE VI

Partage de l'hérédité

Que l'hérédité fût légitime ou testamentaire, elle constituait dans le droit classique romain un mode d'acquisition « per universitatem ». Tel est le principe que nous trouvons énoncé formellement dans un grand nombre de fragments du Digeste (1).

En ce qui concerne l'héritier ab intestat, il est à peine besoin de justifier cette idée. Il suffit en effet de rappeler que son droit à la succession, dans les premiers siècles, résultait moins de l'affection présumée du de cujus à son égard que de la notion de copropriété existant entre tout défunt et les membres de sa famille.

On ne pouvait donc concevoir comment le successeur naturel, ayant d'après la loi elle-même un titre à l'obtention d'une portion du patrimoine héréditaire, n'aurait pas eu également droit à toutes les autres valeurs qui en faisaient partie ; comment il n'aurait pu avoir qu'un titre restreint à des biens qu'il acquérait sans doute, mais par

(1) L. 37. D. 29. 2. — L. 62 et 128 D. 50. 17. — L. 9. § 12. D. 28. 5. — L. 6. D. 44. 1. — L. 6. D. 44. 3. etc.

réversion plutôt encore que par voie d'attribution (1). Les textes sur lesquels nous pouvons nous appuyer en ce sens, sont d'une application évidente pendant le cours du développement de la législation romaine; à l'époque de Justinien, ils conservent encore toute leur valeur, car ils ne sont alors que l'expression d'une vérité pratique (2).

Cette explication concise est peut-être suffisante pour prouver l'existence en faveur des héritiers *ab intestat*, d'une vocation à l'universalité du patrimoine, mais il est impossible de l'appliquer aux successeurs testamentaires. Aussi peut-on se demander pour quelle raison l'héritier institué par testament avait un droit exclusif à l'intégralité des biens du défunt, pourquoi, par le fait même de sa nomination, (même s'il n'est appelé que pour une part) il écartait définitivement les successeurs légitimes, alors même que le *de cujus* aurait formellement exprimé une volonté contraire.

Et cependant Cicéron (3), Pomponius (4), Justinien (5) nous déclarent à des époques différentes qu'une même hérédité ne peut être déférée simultanément aux deux classes d'héritiers. Pomponius ajoute en outre que les successions testamentaires et *ab intestat* présentent entre elles un antagonisme naturel, une incompatibilité

(1) Carpentier : Essai sur la règle « *Nemo pro parte...* » (Nouv. Rev. Hist. 1886, p. 449).

(2) Carpentier : *Ibid.* — L. 11. D. 28. 2. — G. II, § 157. — § 2. Inst. II. 19.

(3) Cicéron : de Invent. II, 21

(4) L. 7 D. 50. 17.

(5) § 5. Inst. II. 14

qui résulte de la nature des choses.... « naturaliter inter se pugna est ». Mais le jurisconsulte n'accompagne cette déclaration d'aucun commentaire; il se borne à une affirmation donnée de toute preuve et n'indique en aucune façon l'origine de cette « naturalis pugna ».

De nombreux auteurs modernes se sont efforcés de pénétrer le sens de l'adage « nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest » et ont cherché quelle était sa véritable portée, mais leur tâche est d'autant plus ardue que les textes font défaut sur ce point. Néanmoins les solutions proposées pour résoudre le problème ne manquent pas et leur exposé nous permettra peut-être de découvrir la pensée exprimée par Pomponius dans les termes qui ont soulevé de si vives controverses.

La comparaison des deux modes de succéder, a-t-on dit, suffit pour expliquer les termes employés par Pomponius (1).

Il résulte en effet des textes que l'héritier ab intestat possède une vocation à l'universalité du patrimoine dès l'instant où il fait partie de la famille; or, on ne peut admettre qu'étant investi d'un titre, éventuel il est vrai, mais préexistant, il soit obligé de supporter le concours de successeurs qui ne tiennent leur droit à l'hérédité que d'un titre postérieur au sien? Le testament comitial, comme le testament mancipatoire du reste, constituent des actes

(1) Carpentier : Loc. cit. p. 463 et s.

« stricti juris » et il ne faut pas oublier que les rapports juridiques légalement formés (c'est-à-dire dérivant d'un acte « stricti juris ») ne peuvent à Rome être modifiés en aucune façon, mais seulement être anéantis. La conséquence de ce système est donc que l'institution d'un héritier pour une portion de l'hérédité ne peut avoir aucune valeur puisqu'elle apporte seulement un changement aux droits du successeur naturel et ne détruit que partiellement la vocation de ce dernier.

Cependant on reconnaît qu'en fait un résultat nettement contraire était obtenu par le *de cujus* : l'héritier institué recueillait la totalité de la succession à l'exclusion de l'héritier légitime. Cet argument ne paraît pas sans réplique à l'auteur de ce système. En effet, aussi longtemps que le testateur dut avoir recours aux formules sacramentelles pour assurer la validité de ses dernières dispositions, aussi longtemps que le mot « heres » put seul être employé, il fallut décider que toute autre expression, et notamment celle-ci : « heres ex certa parte », devait être inefficace, mais seulement dans la mesure où le *de cujus* avait contrevenu aux règles obligatoires.

Si plus tard l'institution put être faite en des termes quelconques, le principe resta le même : on fit abstraction des restrictions apportées par le *de cujus*, et l'on supposa que la volonté d'éteindre le droit des successeurs naturels existait aussi bien chez le disposant qui instituait un héritier pour partie que

chez celui qui réglait la dévolution de la totalité de ses biens. Il faut ajouter que la mention de la « certa pars » ne pouvait avoir pour effet de faire concourir les deux ordres d'héritiers, car il y avait sur ce point une règle formelle établie par la loi. Fallait-il la considérer comme créant une réserve tacite au profit d'une « incerta persona » ? Mais on se rappelle que toute disposition en faveur d'une personne incertaine restait sans effets.

La conclusion qui se dégage de ces diverses considérations est que c'est seulement dans les titres constitutifs des vocations héréditaires qu'il faut chercher la raison d'être de la règle posée par Pomponius : les deux espèces de successions forment des titres égaux mais successifs, ils portent sur un même objet, ils sont « strictis juris », ils ne peuvent donc se combiner sans conflit, et c'est là le sens du mot « pugna » dont s'est servi le jurisconsulte.

D'après une autre opinion (1), la règle « Nemo partim.... » ne serait qu'un complément indispensable de la forme dans laquelle se faisaient les testaments pendant les premiers siècles de Rome. Le peuple avait à examiner les conséquences de l'acte qui lui était proposé : il devait donc connaître les diverses dispositions du testament. Ne pouvait-on pas craindre en effet que le de cujus ne soumit à la sanction de l'assemblée comitiale que certaines de ses dernières

(1) Ihering : op. cit. IV p. 143-146.

volontés, comptant voir appliquer aux autres les règles de la succession ab intestat. Sans cette obligation de n'avoir qu'une sorte d'héritiers, tout testateur aurait pu tromper les comices et surprendre leur adhésion à des libéralités isolées qu'ils n'auraient jamais approuvées s'ils avaient eu connaissance de la destination totale de l'hérédité. Prévenir les réticences, déjouer les fraudes qui pouvaient résulter de ce silence calculé, tel fut donc le but que l'on voulait atteindre et auquel on parvint en prohibant le concours des héritiers naturels et des héritiers testamentaires dans une même succession.

Quelques interprètes ont pensé que c'était en considération de la qualité même de l'héritier que la règle avait été introduite. Il faut en effet se rappeler qu'à Rome, aussi bien à l'époque où l'acquisition des biens n'était que secondaire et où l'acquisition de la personnalité du défunt était le principal objet du testament, qu'au moment où l'hérédité est devenue une « universitas juris », une masse de biens, l'héritier est toujours le représentant du testateur, il en est le continuateur : dès lors, comment pourrait-il lui succéder seulement pour partie ? Ne peut-on pas dire que de même qu'on ne peut vivre en partie, de même on ne peut être pour partie la continuation d'une personne. (1) La représentation fractionnée produirait du reste un résultat aussi contraire aux héritiers eux-mêmes qu'aux créanciers de la succession ; elle apporterait une dérogation à

(1) Massol : De la règle « Nemo partim testatus... » p. 1.

une règle découlant de la nature des choses : or, cette conséquence est inadmissible.

Rappelons enfin le système qui attribue à l'influence du droit sacré l'introduction du principe posé par Cicéron et reproduit dans la législation de l'Empire.

Ces diverses théories sont-elles satisfaisantes ? Au lieu de chercher une explication rationnelle de notre règle, ne vaudrait-il pas mieux peut-être avouer notre ignorance et répéter après le jurisconsulte Julien (1) qu'il y a des institutions anciennes dont on ne peut pas pénétrer la raison d'être ? (2)

Bien que nous en soyons réduits aux conjectures par suite de l'absence de tout renseignement précis, il nous paraît possible de soutenir que ce fut au moment où la succession fut considérée comme une « universitas juris », au moment où l'héritier fut reconnu comme acquéreur de la masse des biens du défunt à charge d'exécuter les dettes et les legs, que dut apparaître la règle prohibant le concours des deux classes d'héritiers. L'institué était essentiellement l'acquéreur de la totalité des valeurs héréditaires, il n'y avait donc pas de place à côté de lui pour l'héritier ab intestat.

Pour nous, nous croyons avec M. Cuq (3) que, dans la forme où elle est rapportée par les jurisconsultes classiques, cette règle fut seulement le résultat d'une interprétation arbi-

(1) L. 20 D. de leg. I. 3.

(2) Accarias : op. cit. t. I. p. 838.

(3) Cuq. : Inst. Jurid. p. 526 ; — le testament per æs et libram, loc. cit. p. 550.

traire faite par les prudents. Mais est-ce à dire qu'elle fut précédemment inconnue et n'est-elle pas plutôt une application nouvelle d'un principe plus ancien? Il ne faut pas oublier que, dans les premiers siècles de Rome, l'héritier testamentaire se trouvait dans une situation toute spéciale. Il était le continuateur du culte et le maître de la maison du défunt, sa seule présence empêchait donc qu'un agnat qui serait resté étranger au « sacra », pût cependant acquérir la « familia » : tel est, croyons-nous, le sens probable de notre principe soit à l'origine, soit au cours de l'époque classique.

Nous avons déjà décidé que si un seul héritier avait été institué, il avait, en sa qualité de successeur « *in universum jus* » et en vertu de la maxime « *Nemo partim testatus.....* », vocation à l'intégralité du patrimoine héréditaire. Les principes restent les mêmes quand le *de cujus* a nommé plusieurs héritiers par testament. Chacun d'eux est appelé éventuellement à recueillir la totalité des biens du défunt, mais voit ses droits limités par l'arrivée de ses co-institués : « *Concursu partes fiunt.* »

Voyons quelles difficultés pouvaient résulter de l'application de ces deux idées : que toute institution était nécessairement à titre universel et que l'institution ou l'ensemble des institutions devait comprendre l'ensemble du patrimoine du défunt.

Institution d'un seul héritier « ex re certa » : c'est la plus grande incorrection dont un testateur puisse se rendre coupable, car une telle institu-

tion implique une impossibilité juridique : elle ressemble à une institution faite sous condition impossible (1).

Quel était donc l'effet d'une institution faite « *ex re certa* » ou « *ex parte certa* », c'est-à-dire portant sur un objet déterminé ou sur une fraction de biens ? Admettre l'adjonction d'une telle clause eût été permettre aux héritiers *ab intestat* de disposer de toutes les valeurs héréditaires, à l'exception seulement de celles qui avaient été spécialement dévolues aux institués par le testament. Cette conséquence étant nettement contraire à la règle « *Nemo partim testatus...* », il aurait fallu, dans la rigueur des principes, annuler la disposition de dernière volonté.

Cependant, ici encore on donna de bonne heure la préférence au testament et la jurisprudence, désireuse de favoriser l'efficacité de celui-ci dans la mesure du possible, accorda à celui qui avait été désigné pour la « *res* » ou pour la « *pars* », la totalité de la succession, abstraction faite de la restriction, « *detracta rei mentione* » (2).

Institution de plusieurs héritiers, tous « ex re certa » : Nous venons de dire que si un seul héritier est nommé et s'il est institué « *ex re certa* », il faut lui attribuer l'universalité de l'hérédité, sans tenir compte de la mention de la « *res* ».

D'un autre côté, nous verrons que si les institués avaient été désignés sans attribution de

(1) Maynz : *Op. cit.* III p. 351. — Massol, p. 10.

(2) A. Rivier, *op. cit.* p. 98. — § 5 et 9 *Inst.* II, 14. = Comp. Carpentier, *loc. cit.* p. 469. — L. 49 § 2 D. 49. 17.

parts, ils venaient à la succession pour des portions égales.

Ces principes peuvent-ils être invoqués dans notre hypothèse et peut-on soutenir que l'indication de la « res » ayant été retranchée, les divers héritiers nommés partageront également les biens ? Une semblable décision eût violé l'intention probable du disposant qui pouvait avoir un intérêt tout particulier à ce que tel de ses biens fût attribué à l'un de ses cohéritiers plutôt qu'à tout autre. Aussi on avait admis que si les divers institués avaient droit à des parts égales, chacun d'eux pourrait néanmoins recueillir à titre de prélegs les objets que de cujus lui avait laissés par une disposition spéciale.

Si nous supposons que le testateur a désigné Titius pour le fonds Cornélien et Seius pour le fonds Libien, il faudrait en droit strict considérer les deux gratifiés comme appelés à se partager l'hérédité par moitié, abstraction faite de la distribution particulière voulue par le de cujus. Mais on décidait que la volonté de ce dernier devait prévaloir et qu'une intervention du juge de l'action « *familiæ erciscundæ* » permettrait d'assurer la parfaite exécution de l'acte testamentaire. Ce juge aura donc pour mission d'adjuger à chacun des héritiers la propriété exclusive de la chose assignée par le disposant, c'est-à-dire que, dans notre espèce, il adjugera à Titius la moitié appartenant à Seius dans le fonds Cornélien et inversement il attribuera à Seius la part de Titius dans le fonds Libien.

Dans l'hypothèse que nous venons de proposer,

chacun des institués aura donc recueilli les biens de la succession partie « jure heredis », partie « jure legatarii ». Mais, du principe que les héritiers avaient des droits égaux découlent plusieurs conséquences :

1° Sauf les « res certæ », toutes les valeurs de l'hérédité seront réparties également entre eux ;

2° Ils supportent les dettes contractées par le défunt en proportion de leur part héréditaire. Toutefois, si les « res » constituent le seul actif de la succession, il faudrait d'abord acquitter sur les « res » elles-mêmes, ce qui est dû et ce serait seulement après ce paiement que chaque institué recevrait le bien diminué de la valeur des dettes ;

3° Chaque héritier a droit, en vertu de la loi Falcidie, au quart de sa part héréditaire et peut, par suite, faire réduire les legs qui lui sont imposés jusqu'à ce que ce quart soit obtenu par lui. Ainsi le fonds Cornélien laissé à Titius a une valeur de 400, le fonds Libien attribué à Seius ne vaut que 100. Ces deux biens forment tout l'actif. La part héréditaire de Seius étant de moitié de la succession s'élève donc à 250 et le quart de cette valeur, soit 62,50, peut être retenu par lui à titre d'héritier. Mais quand le fonds Libien lui aura été adjugé par le magistrat, il ne le possèdera « jure heredis » que jusqu'à concurrence de 50, le reste lui appartenant « jure legatarii ». Le legs auquel lui-même Seius est tenu envers Titius doit donc être réduit de 12,50 et par suite la propriété du fonds Cornélien ne sera accordée à Titius que pour 387,50 (1).

(1) L. 33 D. 28-5.

Faut-il obéir aux mêmes règles dans le cas où les héritiers sont institués pour des « *res certæ* » formant une « *universitas juris* », c'est-à-dire quand le de cujus laisse à chacun de ses institués une masse distincte de biens, comprenant en même temps des biens corporels et des biens incorporels ? Que décider, par exemple, lorsque le testateur nomme deux héritiers et attribue : à l'un les biens paternels, à l'autre les biens maternels ? Papien (1) nous présente à ce sujet l'hypothèse suivante :

Un disposant avait institué deux héritiers ; à son affranchi, il laissait les biens qu'il avait recueillis de sa mère en Pannonie, à Titius, ceux qui provenaient de la succession de son père en Syrie.

Le désir du testateur était, autant que cela pouvait dépendre de lui, de faire succéder ses institués directement aux patrimoines dont lui-même avait hérité. Mais comme il ne pouvait les rendre héritiers immédiats de ses deux ascendants, le seul moyen de leur faire parvenir ces biens, était de les appeler à sa propre hérédité. Successeurs du défunt, l'affranchi et « Titius » considérés comme institués sans assignation de parts, viendraient donc chacun pour moitié. Mais de ce que le testateur leur a attribué les biens paternels et maternels distinctement, on décide que l'institution spéciale faite par le de cujus doit être traitée comme constituant un double legs par préciput et les intéressés y ont droit comme s'ils

(1) L. 78 D. 28-5.

étaient de véritables légataires : dès lors ils peuvent en requérir l'exécution.

Dans un fragment du Digeste (1), Papien décide que si un disposant léguaît une hérédité qu'il avait lui-même recueillie, celle-ci devait être reconstituée et être transmise activement et passivement au gratifié. Ce légataire devait donc, dans ses rapports avec les tiers, avoir ou subir les actions qui compétaient à la succession précédemment advenue au testateur.

Cette hypothèse offre une grande analogie avec celle que nous avons indiquée. Le *de cujus* en effet a voulu que l'affranchi reçût le patrimoine maternel et que Titius eût les biens paternels. Le juge de l'action, « *familiæ eriscumdæ* » devra donc transférer à chacun des institués la propriété de la part dont son cohéritier est saisi dans le patrimoine qui lui est spécialement laissé.

Quant aux actions actives et passives qui se rapportent aux hérédités paternelle ou maternelle, elles étaient entrées dans le patrimoine du testateur avant son décès ; par suite, elles se sont trouvées également réparties, sans distinction de leur origine entre les successeurs. Mais, ici encore, une adjudication sera utile. Le juge fera intervenir entre l'affranchi et Titius des cautions réciproques : il assurera aux deux héritiers, par les stipulations qu'il leur ordonnera de faire entre eux, que chacun profitera seul des actions actives et souffrira seul des actions

(1) L. 76. § 1. D. de leg. 2°.

passives provenant de l'hérédité qui lui est assignée » (1). En résumé, lorsque le partage sera terminé, d'une part chaque héritier aura acquis définitivement les biens qui lui avaient été attribués par le testament, mais il ne les aura que « *partim jure hereditario* » et « *partim jure legatario* ». D'autre part, il aura acquis le droit d'agir pour le tout contre les débiteurs de la masse à laquelle il succède, mais « *partim proprio nomine, partim procuratorio nomine* ».

Tel est le sens que nous croyons devoir donner à ces mots « *et interpositis propter actiones cautionibus* ». Nous sommes sur ce point en opposition avec une théorie soutenue autrefois par Cujas et Pothier. D'après ces auteurs, les cautions, dont parle la loi 78, auraient trait aux restitutions éventuelles à faire par les héritiers à tout tiers, créancier ou légataire, dont les droits encore inconnus lors du partage seraient prouvés postérieurement et dont les revendications pourraient obliger le cohéritier à se dépouiller de plus des $\frac{3}{4}$ de sa part héréditaire.

Pour appuyer cette solution, Cujas invoque les termes d'un texte (2) qu'il considère comme une sorte de commentaire de la loi 78. En effet, dit-il, Ulpien, au début de ce texte, se réfère à l'autorité de Papinien, et c'est le même jurisconsulte qu'il invoque, quand il rapporte que... « *rectissime probatur...* » Il y a donc une omission dans cette dernière loi et il faut ajouter aux mots ci-

(1) Pellat : Textes choisis des Pandectes, p. 337 et s.

(2) L. 35 § 1 D. 28-5.

dessus « a Papiniano » pour compléter la phrase. Est-ce bien ainsi qu'il faut se prononcer ?

Nous ne le croyons pas. Pour nous, Ulpien, en invoquant l'opinion de Papinien, rappelle non pas l'hypothèse prévue par la loi 78, mais un avis émis par le jurisconsulte sur un autre point que les rédacteurs du Digeste ne nous ont pas fait connaître. Comment en effet admettre que l'emploi de cautions ait été prévu pour réparer dans l'avenir l'application de la loi Falcidie, avant même d'avoir fait mention de cette application ? Il paraît donc qu'en prévoyant l'intervention de cautions, Papinien n'a voulu parler que de celles qui permettent au juge de l'action « familiæ erciscundæ » d'attribuer à chaque cohéritier les valeurs incorporelles relatives au patrimoine qui lui a été assigné.

La loi 78 ajoute, il est vrai, ces mots : « salva Falcidia scilicet ut quod vice mutua præstarent ratione doli compensetur », mais il faut les entendre en ce sens que s'il y a lieu d'appliquer la « lex Falcidia », celui des cohéritiers qui prétendra retenir sa quarte sur des legs mis à sa charge sera tenu à l'égard de son cohéritier d'imputer sur sa quarte les biens qu'il a reçus de celui-ci à titre de prélegs, à cause du dol que l'on pourrait lui reprocher s'il se refusait à cette compensation.

Cette solution est conforme aux règles générales que nous trouvons énoncées dans deux fragments du Digeste relatifs à la réduction des legs. De ces textes il résulte que l'héritier qui veut

faire réduire le legs fait à un tiers peut n'imputer sur sa quarte que ce qu'il reçoit « jure hereditario » (1) ; que s'il s'agit d'un legs dû par le cohéritier à son cohéritier, la réduction ne peut être demandée par l'intéressé que si la valeur du prélegs qu'il en reçoit, additionnée avec celle des biens qu'il a acquis « jure hereditario » n'est pas équivalente à la quarte (2).

Enfin Paul décide que les calculs relatifs à la Falcidie doivent être faits séparément et que le refus opposé par le cohéritier de subir la réduction ne doit avoir aucune influence sur la situation du légataire étranger (3).

On pourrait objecter que la loi 35 déjà citée, met à la charge des héritiers grevés de prélegs réciproques les dettes de la succession proportionnellement à la part héréditaire de chacun d'eux et que ces héritiers ne sont pas seulement tenus du paiement de ces dettes vis-à-vis des créanciers héréditaires, mais même entre eux au point de vue de la contribution.

Nous ne croyons pas que ce raisonnement soit exact. Que l'on examine la loi 35 et qu'on la compare à la loi 78, on verra que ces deux textes visent deux hypothèses complètement distinctes. Dans le premier, en effet, il n'est question que d'un seul patrimoine dont les éléments sont répartis en différents lieux. Rien de semblable dans le second où il y a en réalité deux masses

(1) L. 74 D. 35-2.

(2) L. 22. pr. D. Eod. Tit.

(3) L. 22 § 1 D. Eod. Tit.

destinées à devenir la propriété de deux successeurs distincts. Il faut donc dans ce dernier cas, pour obéir au testament, attribuer à chaque institué, tant au point de vue actif qu'au point de vue passif, ce qui se rapporte au patrimoine qui lui est assigné et c'est dans ce but que l'on oblige chacun des cohéritiers à tenir compte aux autres de ce qu'il a reçu ou dépensé relativement à la masse dont il n'a pas à profiter.

Sous Justinien une innovation importante fut introduite relativement à l'institution « *ex re certa* ». Il fut décidé que si après avoir institué un héritier en cette forme, le *de cujus* nomme d'autres gratifiés sans assignation de parts, ces derniers pourront exercer les actions héréditaires et devront seuls être poursuivis. L'institution « *ex re certa* » sera donc dans ce cas assimilée à un simple legs (1).

Institution de plusieurs héritiers sans assignation de parts : lorsque le disposant n'a pas déterminé pour quelle portion il appelle ses successeurs à son hérédité, on présume qu'il n'a pas voulu les traiter différemment : tous reçoivent une même part. Toutefois lorsqu'il y a au moins trois héritiers institués, si certains sont nommés dans une même phrase, ceux-ci ne comptent que pour une seule tête, ils n'obtiennent tous ensemble qu'une part virile, car le testateur les a seulement honorés d'une institution collective ; ils sont censés former une seule personne (2).

(1) L. 43 C. 6. 24.

(2) Van Wetter : Cours de Droit romain, t. II, p. 398.

Institution de plusieurs héritiers avec assignation de parts à chacun d'eux : En vue de faciliter le partage des successions, les Romains avaient l'habitude de considérer l'hérédité comme une unité qu'ils avaient assimilée à leur unité monétaire, l'« as », et qu'ils divisaient comme la livre de bronze elle-même en douze parties égales, « uncia », portant des noms spéciaux (1).

Parfois « l'uncia » ne représentait plus la douzième partie du patrimoine, elle valait alors un vingt-quatrième, un trente-sixième ou une autre fraction ayant pour dénominateur un multiple de douze. Lorsque la succession comprenait ainsi plusieurs as, elle s'appelait « dupondius, tripondius », etc.

Notons toutefois que ce mode de diviser les hérédités n'était pas obligatoire pour le testateur. Celui-ci pouvait, s'il le jugeait bon, faire une répartition de ses biens fondée sur d'autres règles, pourvu que son intention fût suffisamment certaine.

Ces principes étant indiqués, leur application ne présente aucune difficulté.

Ou bien le testateur a institué ses divers héritiers pour un nombre d'« uncia » dont la somme est précisément égale à la valeur d'un as ou d'un multiple de l'as : dans ce cas on observera la répartition qu'il a indiquée. Ou il a attribué un nombre de parts qui n'épuise pas l'as, ne forme pas un entier ; on suivra alors sa volonté présumée en donnant à chaque institué une fraction du patrimoine dont le numérateur sera le

(1) § 5. Inst. II. 14.

chiffre déclaré par le disposant et le dénominateur la somme des parts que les héritiers auront à se partager. On se comportera dans cette hypothèse comme si au lieu du mot « unciæ », le testateur avait vaguement employé le mot « pars », il est censé n'avoir eu en vue que l'exécution et n'avoir nullement eu pour but d'empêcher la « vocatio in jus » des héritiers (1).

Institution de plusieurs héritiers, dont un ou plusieurs « sine parte » : Dans ce cas, il faut distinguer.

Si les parts attribuées aux institués « cum parte » épuisent l'as, on considère que l'once vaut ici un vingt-quatrième et l'on partage entre les institués « sine parte » les douze vingt-quatrièmes que n'ont pas reçus les institués « cum parte ».

Si l'as n'a pas été épuisé par les dispositions faites au profit des institués « cum parte », ce qui reste est divisé également entre ceux qui ont été nommés « sine parte ».

Enfin, quand l'as a été dépassé, les institués « sine parte » se partagent les parts qui forment le complément du multiple de l'as.

Qu'arrive-t-il si le disposant ayant dit dans son testament : « j'institue Seius et Titius pour les parts que je leur fixerai », meurt avant d'avoir fait la répartition ? Faut-il dire qu'il y a une institution faite pour une part qui n'existe pas et que par suite l'institution est sans valeur ; est-il permis

(1) Massol : Op. cit. p. 13.

au contraire de décider qu'il y a une institution « sine parte » parfaitement efficace ?

Marcellus adopte la première de ces solutions. Il pense que la libéralité était soumise à la condition « si eis partes adscripsero » et que la condition ayant fait défaut, la nullité de la disposition s'impose.

Cependant Ulpien estime (et il rapporte en ce sens l'avis de Celsus) qu'il faut apprécier cette institution comme renfermant une seconde partie sous-entendue. Il suppose que l'intention du défunt doit être ainsi interprétée : Seius et Titius sont nommés pour des parts à déterminer, mais dans le cas où ces parts ne seraient pas fixées, les héritiers se partageront les biens par moitié.

Toutefois, les jurisconsultes n'émettaient cette dernière opinion que si la disposition du testament se rapportait à l'avenir. Si le de cujus avait dit : « que Titius soit mon héritier pour la part qu'il a été appelé à recueillir dans la succession de Seius », et si ce dernier ne l'avait pas institué, Ulpien et Marcellus s'accordaient à dire que l'institution était sans valeur, puisqu'elle était faite pour une part qui n'existait pas (1).

(1) L. 2 D. 28-5.

DROIT FRANÇAIS

Des exécuteurs testamentaires

CHAPITRE I

Origine et but de l'Institution des Exécuteurs testamentaires.

Quoique le testament tint une place considérable dans les lois des Romains, quoique l'accomplissement des volontés dernières d'un défunt eût été considéré par eux comme un devoir sacré et même comme une question d'intérêt public (1), il ne paraît pas cependant qu'ils eussent connu les exécuteurs testamentaires.

Quelques textes du Digeste et du Code de Justinien prouvent seulement que le testateur avait la faculté de confier à certaines personnes le soin d'exécuter, après son décès, des dispositions spéciales et généralement peu importantes. Ainsi, le de cujus pouvait charger un tiers de faire un emploi déterminé de sommes d'argent (2), de pourvoir à ses funérailles (3), d'acquitter certains

(1) L. 5. D. — Test. quemad. aper. 29 - 3.

(2) L. 96. D. de leg. 1^o, 30.

(3) L. 12 § 4, D. de relig. 11 - 7.

legs d'aliments (1), de racheter des captifs (2).

Mais de ces diverses lois qui renferment seulement des exemples de mandats particuliers il est impossible de déduire une théorie générale, et l'on chercherait vainement dans les recueils législatifs l'exposé d'une réglementation également applicable dans tous les cas où un tiers aurait reçu la mission d'exécuter les clauses d'un testament.

Toutefois, la loi romaine ne se bornait pas à regarder l'accomplissement des charges imposées par le testateur comme une simple affaire de conscience : elle y avait apporté une sanction, et renfermait divers moyens permettant à ceux qui devaient bénéficier des dispositions du défunt d'obtenir satisfaction. A cette fin, elle accordait aux héritiers le droit de prendre possession de l'hérédité (3) ; aux légataires, l'autorisation d'exercer les actions personnelle, réelle ou hypothécaire (4). En outre, Constantin permit aux évêques et aux juges d'obliger les personnes chargées de legs à s'acquitter de leur mandat (5).

Enfin Justinien compléta les mesures qui avaient déjà été prises pour arriver à faire respecter les clauses testamentaires. Il décida que les héritiers qui auraient refusé d'obéir aux ordres de leur auteur pourraient, après une interpellation restée sans effets, être privés de leurs droits dans la succession et en être déclarés indignes. Dans ce cas, les légataires et fideicommissaires

(1) L. 3 et 9 D. de alim. vel cibar. 34-1.

(2) L. 28 - C. de episcop. et cler. 1-3.

(3) L. 3 D. Test. quemad. aper. 29 - 3.

(4) L. ult. C. de edic. Divi Hadr., 6-33.

(5) L. 25 § 2. C. de episc. et cler. 1-3.

avaient le droit de recueillir les biens héréditaires en s'engageant à exécuter les volontés du défunt : on exigeait seulement qu'ils fournissent des sûretés pour leur exécution (1).

« Après des précautions si sages et si efficaces, les législateurs romains n'avaient pas cru qu'il fût nécessaire d'en ajouter d'autres et que les testateurs eussent besoin de commettre une personne affidée pour veiller à l'exécution de toutes les clauses contenues dans le testament... » (2).

L'exécution testamentaire appartient donc à la catégorie des institutions qui sont nées de nos anciennes coutumes.

Les troubles qui suivirent les invasions des Barbares et la chute de l'Empire Romain laissent pendant quelques siècles l'histoire de nos institutions juridiques dans la plus grande incertitude, aussi est-il impossible de déterminer à quelle époque précise l'exécution testamentaire est introduite dans la législation. Cependant on peut dès les temps mérovingiens en constater l'existence.

Les documents les plus anciens que nous puissions trouver sur ce sujet datent du VI^e siècle. A ce moment, on rencontre fréquemment dans les actes de dernière volonté une clause conférant à certaines personnes, qui portent le nom « d'eleemosynarii » ou « eleemosynatores », la mission de distribuer, dans les conditions prévues par le de cujus, les aumônes que celui-ci laisse aux pauvres (3). C'est du reste

(1) Nouvelle I. Cap. I.

(2) Furgole : Traité des testaments, t. IV, chap. X. sect. IV, n° 2.

(3) Grégoire de Tours : De Miraculis S. Martini, L. II, ch. VIII ; — de vitis Patrum, c. VIII.

un usage très répandu de charger des mandataires spéciaux de l'exécution des legs pieux en général, car les héritiers négligent fréquemment de les acquitter.

Nous voyons par deux capitulaires de Charles-le-Chauve que ce prince s'occupe également d'assurer la réalisation de ces libéralités (1).

Dans ces divers documents, nous ne trouvons qu'une ébauche de la théorie qui sera mise en vigueur dans les siècles suivants; nous n'y voyons, sauf quelques légères modifications, qu'une reproduction des principes déjà adoptés par Justinien.

Cette situation s'explique facilement. Jusqu'au VIII^e siècle, en effet, les testateurs avaient rarement recours à la nomination d'un exécuteur testamentaire. Ils avaient le moyen de garantir l'accomplissement de leurs volontés dernières par leurs héritiers eux-mêmes, en soumettant ceux-ci à des peines très sévères s'ils n'exécutaient pas le testament. De plus, les Conciles allaient jusqu'à prononcer la peine de l'excommunication contre tous ceux qui, sous un prétexte quelconque, retiendraient les biens légués aux Eglises. Mais, à partir du VIII^e siècle, la nécessité s'impose de désigner ceux qui seraient investis de la charge d'exécuter le testament: les dispositions répressives précédemment édictées étaient peu à peu tombées en désuétude et souvent, dit du Cange (2), les héritiers en étaient

(1) Baluze (Edit. de 1780) *Capitula reg. Franc.*, t. II, p. 264 : *Capit. Karoli Calvi*, t. 43, ch. XII, an. 877. — *Ibid*, p. 270.

(2) *Glossar. med. et infin. latinit* : V^o *Exec. Test.*

arrivés à s'emparer de biens qui ne leur étaient nullement dévolus par le testament.

Le même auteur cite comme exemple des pouvoirs de l'exécuteur, les principaux passages d'une donation faite par « Raymundus de Medullione » à son fils, lorsqu'il l'émancipa en 1281. Dans cet acte, il ne s'agit plus d'un simple mandataire chargé d'une mission spéciale, mais bien d'un véritable surveillant à qui est confiée l'exécution des volontés du disposant et le contrôle des actes de l'héritier.

Au XIII^e siècle, l'exécution testamentaire est donc admise par les coutumes et réglementée par elles; c'est ce que nous apprend Beaumanoir, le plus ancien des écrivains qui ait rapporté les principes de la législation coutumière.

Voici comment l'auteur de la Coutume de Beauvoisis nous fait connaître les caractères de l'institution et les privilèges de juridiction qui y étaient attachés. Nous nous bornons à résumer les règles qui sont assez longuement exposées dans l'œuvre que nous venons de citer.

Et d'abord, par cela seul que le disposant « avoit fet de li, en se derraine volenté, son exécuteur..... », celui-ci est mis « en saizine des muebles, des conquès et du quint de l'héritage.... »

C'est en vain, nous rapporte Beaumanoir, que l'héritier avait opposé ses droits à la succession devant le juge; ce dernier décida que l'exécuteur serait cependant saisi du mobilier « car mout seroit perilleuse coze se li testament

estoint empeecié ou detrié par les oirs de cix qui les testamens font... » (1).

La durée de la saisine était d'un an et jour : « et encore devant l'an et jour, quand li coi sont fet et li cler paiement » (2).

Les exécuteurs « représentent la personne du mort »... mais ils ne doivent supporter aucun préjudice par suite de l'exercice de leur charge (3). C'est pour ce motif que les frais faits par eux pour assurer l'exécution du testament grèveront la succession. Il s'agit ici des « depens resnables » auxquels ils ont été tenus « toutes les fois qu'ils asseulent ou qu'ils vont ès affaire pour l'execucion... et aussi les cous qu'ils ont eu pledier por les biens de l'execusion sauver... » (4).

Les exécuteurs avaient en effet le droit d'intervenir devant les tribunaux toutes les fois qu'il y avait contestation sur la validité des dispositions testamentaires ou qu'il était nécessaire de sauvegarder le patrimoine héréditaire (5).

Une garantie était donnée aux héritiers contre les agissements de l'exécuteur testamentaire : celui-ci était soumis à l'obligation de rendre compte de sa gestion. Cette mesure se justifiait « par deus reasons : la première reason est porce qu'ils sacent que le volenté de leur prédécesseur soit accomplie ; et le seconde,

(1) Beaumanoir : Coutume de Beauvoisis (Edit. du Comte Beugnot), ch. XII, n° 2.

(2) Ibid. n° 33.

(3) Ibid. n° 26.

(4) Ibid. n° 29.

(5) Ibid. ch. XIII, n° 21.

parce que s'il y a remanant des biens par dessus l'exécution payée, ce doit estre rendue aux hoirs... » (1).

Quant à la juridiction compétente pour trancher les différends entre les divers intéressés et les exécuteurs, on ne peut contraindre ceux-ci « à plaider s'il ne lor plect, par devant nul juge, fors que par devant le baron de le tere ou par devant l'évesque... » (2).

Ce serait également au seigneur ou à l'évêque qu'il faudrait avoir recours pour la désignation de celui qui remplacera l'exécuteur décédé avant l'expiration de son mandat ; c'est « à la requeste de l'exécuteur qui vit » que les autorités que nous venons de citer « doivent bailler un compagnon ».

Si le mandataire survivant (en supposant que plusieurs exécuteurs aient été nommés) ne réclame pas cette nomination, le seigneur ou l'évêque pourront y procéder d'office toutes les fois qu'ils la jugeront nécessaire, pour que « le volenté du mort soit accomplie ». (3).

Telles sont les règles principales auxquelles était soumise l'exécution testamentaire à la fin du XIII^e siècle.

A côté de la législation coutumière qui avait, comme nous venons de le voir, organisé peu à peu cette institution pour arriver à un ensemble de mesures assez complet, les recueils canoniques présentent également un certain

(1) Beaumanoir, loc. cit. ch. XII, n^o 30.

(2) Ibid. n^o 14.

(3) Ibid. n^o 28.

nombre de dispositions relatives à cette même matière.

Déjà le pouvoir ecclésiastique avait revendiqué la compétence de ses tribunaux pour le jugement de toutes les contestations qui avaient trait à l'accomplissement des actes de dernière volonté. Il avait obtenu cette prérogative parce que les testaments contenaient le plus souvent, comme clauses spéciales, des legs destinés à une cause pieuse et que, par suite, lui seul était intéressé à leur exécution. Il était donc logique que l'Eglise cherchât à étendre son autorité au cas où un mandataire spécial aurait la mission d'acquitter ces libéralités.

Le pape Grégoire IX rendit, dans la première moitié du treizième siècle, deux décrétales à ce sujet. Ces textes nous montrent à quel point s'étendait l'influence religieuse en matière testamentaire et dans quelle mesure l'intervention de l'autorité épiscopale était possible.

Dans l'un, il est ordonné aux évêques d'obliger les exécuteurs testamentaires à effectuer la délivrance des legs pieux indiqués par le défunt « *etiamsi testator hoc interdixisset* » ; c'est-à-dire que malgré la volonté formelle manifestée par le de cujus de laisser à son exécuteur seul le soin d'accomplir ses dernières volontés et de s'en rapporter complètement à lui, l'évêque aura toujours le droit de réclamer la prompte exécution du testament. (1).

(1) Décret. Greg. IX, lib. III, tit. 16, c. 17 = *Episcopus compellit fideicommissarios seu executores testamenti ad exsequendas pias voluntates defunctorum, etiamsi testator hoc interdixisset.*

D'après l'autre, si un exécuteur a accepté la charge à laquelle le disposant l'appelle, il sera par là obligé de remplir son mandat jusqu'à la fin et pouvoir est donné à l'évêque de l'y contraindre (1).

Plus tard, Boniface VIII enjoint aux religieux désignés comme exécuteurs testamentaires de n'entrer en fonctions qu'après autorisation de leurs supérieurs. Il reconnaît à l'un des mandataires du défunt la faculté d'agir seul, si ceux qui ont été nommés avec lui ont refusé, sont décédés ou sont absents (2).

Peu de temps après, Clément V décide que tout religieux qui aura été exécuteur testamentaire, fut-il même exempt de la juridiction de l'ordinaire, pourra être contraint de rendre compte de sa gestion à l'évêque diocésain. Celui-ci acquiert en même temps le droit de le punir des fautes qui auraient été commises par dol, fraude ou négligence (3).

L'institution des exécuteurs testamentaires était dès lors définitivement introduite dans les mœurs et les testateurs désignaient presque toujours dans les actes contenant l'expression de leurs dernières volontés une ou plusieurs

(1) Decret. Greg. IX, Loc. cit., c. 19 = *Executor testamentarius, qui suscepit illud officium, exsequi compellitur.*

(2) In VI^o. Lib. III, tit. 11, ch. 2 = *Superior habet consentire religiosis, deputatis exsecutoribus. Hoc dicit secundum Zeuz. — § 1. Pluribus exsecutoribus datis, uno mortuo, vel in remotis existente, vel exsequi nolente, unus officium exsecutionis exercebit, ne impediatur testatoris voluntas; nisi aliud per testatorem disponeretur. H. d. secund. Zeuz.*

(3) Clem., lib. III, tit. 4, c. un = *Ordinarius loci rationem exigit a religiosis, etiam exemptis, de testamentorum exsecutionibus, quas gesserunt, et, si circa id delinquerint, illos punit.*

personnes chargées d'en surveiller l'exécution (1).

Divers jurisconsultes se sont occupés dans notre ancien droit des exécuteurs testamentaires dont les fonctions sont réglementées par toutes les coutumes.

Postérieurement à la coutume de Beauvoisis, au XIV^e siècle, parut la « Somme Rural », de Boutillier (2). Cet ouvrage contient des détails assez précis sur les principes admis par la généralité des coutumes. Nous y voyons formulées, mais d'une manière plus exacte, la plupart des règles que Beaumanoir avait fait connaître près d'un siècle plus tôt.

Lors de la rédaction des Coutumes, au XV^e siècle, nous pouvons constater que la même réglementation est toujours en vigueur. Les quelques modifications que l'on remarque sont peu importantes et laissent subsister presque entièrement la théorie générale que nous avons exposée.

Le commentaire de Du Moulin sur l'article 95 de la Coutume de Paris (3) eut une influence considérable sur les réformes à apporter en notre matière, et, dès 1580, lors de la révision de la Coutume, furent admises les améliorations proposées par le grand jurisconsulte et si parfaitement indiquées par lui.

Dans les siècles suivants, les auteurs auront

(1) Baluze (Hist. gén. de la Maison d'Auvergne, t. II, p. 337-339), cite un testament très curieux, fait en 1314, par Beraud VII, seigneur de Mercueur, et contenant la désignation de 17 exécuteurs testamentaires.

(2) Boutillier, Somme rural (revue et corrigée par Charondas le Charon), p. 71-72, tit. XX, p. 90-100, t. CIII, p. 602, 603, 609.

(3) Du Moulin : ad Consuet. Paris. tit. I, princip. n° 2.

seulement à commenter le nouvel article 297 de la Coutume de Paris et à élucider les questions que ce texte n'a point nettement résolues. Aussi, sera-ce dans ces traités spéciaux que le législateur de 1804 puisera d'utiles et précieux renseignements lorsqu'il voudra introduire l'institution des exécuteurs testamentaires dans notre Code Civil. Ce sera notamment à Bacquet (1), à Ricard (2), et à Furgole (3) qu'il aura recours pour obtenir la solution des multiples difficultés qui s'offriront à lui.

Ce sont également ces auteurs que le juge et l'interprète consulteront lorsqu'un point de droit non prévu par les art. 1025 à 1034 du Code Civil se présentera à leur examen. Ils auront, il est vrai, à concilier les règles de l'ancienne législation avec les principes qui forment l'ensemble de notre droit actuel, mais sauf sur quelques points de détail, ce sera toujours avec fruit qu'ils interrogeront les œuvres de haute valeur des Jurisconsultes que nous avons nommés, pour trancher les différends et terminer les controverses.

(1) Bacquet, Du droit de bâtardise.

(2) Traité des donations entre vifs et testamentaires : 2^e p^{re}, chap. II.

(3) Traité des testaments : t. IV, chap. X, sect. IV.

CHAPITRE II.

Nature de l'Exécution Testamentaire. — Personnes qui peuvent en être chargées.

Après avoir reconnu le droit de tester, il était nécessaire que le législateur donnât au disposant le moyen d'assurer la réalisation de ses volontés dernières, et d'empêcher que les héritiers pussent s'y soustraire impunément. Pour ce motif, les rédacteurs du Code ont conféré aux exécuteurs testamentaires, la mission générale de veiller à ce que les ordres du testateur soient observés ; en même temps, ils ont accordé à ce dernier la faculté d'attribuer spécialement à ses mandataires, certaines prérogatives destinées à fortifier leur autorité, et à leur permettre de vaincre les résistances de successeurs parfois intéressés à combattre les dispositions du testament.

Le *de cujus* est laissé seul juge de la confiance qu'il peut avoir en ceux qui doivent recueillir son patrimoine. Aussi, « cette nomination est de volonté, non de nécessité, mais elle est prudente » (1).

Quel est le caractère de l'exécution testamentaire ?

(1) Bourjon : Le droit commun de la France. Part. V, ch. XI, sect. I, n° 1.

Sous aucun rapport, on ne peut la considérer comme étant une fonction publique. « C'est seulement un remède qui est permis par la loi aux testateurs... » pour que leurs désirs soient remplis... « avec plus de diligence et de sûreté » (1).

Il ne s'agit que d'une charge de confiance et d'amitié, et « cette commission n'est autre chose qu'un vrai mandat » (2). Ces expressions ne doivent pas toutefois être adoptées sans observations. Il faut, en effet, remarquer que l'on se trouve ici en présence d'un mandat d'une nature toute spéciale, « on pourrait dire un mandat posthume » (3) qui se distingue du mandat ordinaire par deux particularités.

Premièrement, si l'on s'attachait aux principes généraux du Liv. III, tit. XIII, du Code civil, l'exécution testamentaire ne pourrait jamais prendre naissance, puisque la mort de l'un des contractants met fin au mandat ordinaire et que l'exécuteur ne peut entrer en charge que par la mort du mandant, c'est-à-dire du testateur. Cependant cette anomalie n'est qu'apparente, car il faut se rappeler que la règle attachant au décès du mandant la fin du contrat ne doit pas être invoquée s'il apparaît clairement que les actes dont est chargé le mandataire ne peuvent être utilement accomplis que postérieurement à ce décès.

En second lieu, il est un autre caractère propre à la mission des exécuteurs testamen-

(1) Ricard : *Traité des donations*, t. I, ch. II, n° 63.

(2) Furgole : *Traité des testaments*, t. IV, chap. X, section IV, n° 13. — Cass. 27 Août 1855 : S. 55.1. 695.

(3) Baudry : *Précis de droit civil*, t. II, n° 596.

taires : c'est qu'il y a ici une exception au texte déclarant que « le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire » (art. 1984 C. civ.). Or, dans notre cas, les parties n'ont pu unir leurs volontés du vivant du mandant.

Tout en reconnaissant que « la loi a fait des exécuteurs testamentaires des mandataires irréguliers sur beaucoup de points (1) », l'unanimité des auteurs considère cependant leur charge comme étant un mandat. Par suite, on leur appliquera les dispositions consacrées à cette matière dans notre Code civil, en respectant toutefois les textes spéciaux qui forment les art. 1025 à 1034 et en les faisant intervenir de préférence toutes les fois que cela sera possible.

Mais, si tous décident qu'il y a mandat, tous ne sont pas d'accord sur le point de savoir de quelles personnes l'exécuteur est le mandataire. Est-ce du testateur, des héritiers, ou à la fois du testateur et des héritiers ?

Furgole n'émet aucune opinion certaine à ce sujet. Il dit seulement que le testateur met « la personne qu'il choisit et nomme... à sa place ou bien à la place de l'héritier (2) ».

M. Vazeille se prononce en ce sens que l'exécuteur testamentaire représente le testateur ainsi que les héritiers et les légataires (3).

(1) Troplong : Traité des donations, t. IV, n° 1993.

(2) Furgole, n° 13.

(3) Résumé et conférences des comment. du code civil sur les don. et Test. sur l'art. 1025, n° 1.

Tel n'est point cependant l'avis de la jurisprudence et de la majorité des auteurs qui regardent avec juste raison le testateur comme étant le seul mandant. C'est de lui en effet que l'exécuteur tient ses pouvoirs, et c'est de lui seul qu'il peut les recevoir puisque sa nomination ne peut être contenue que dans le testament qu'il est chargé d'exécuter. Le mandataire aura, il est vrai, au cours de sa gestion, à accomplir un grand nombre d'actes intéressant les successeurs du défunt, mais il est admis que ceux-ci seront obligés de le supporter sans pouvoir le révoquer suivant leur seule volonté. « Il sera (l'exécuteur) imposé à des parties qui ne l'ont pas consenti et qui ne peuvent le révoquer » (1). A l'égard des héritiers et légataires, il est donc un mandataire nécessaire dont on ne peut contrarier la mission.

Bien plus, si ceux qui sont appelés à recueillir les biens du disposant s'opposaient de quelque manière que ce soit à l'accomplissement du testament, l'exécuteur pourrait intervenir pour faire cesser leurs manœuvres et pour exiger qu'ils se soumettent aux désirs du de cujus. Comment expliquer la dérogation apportée à l'art 2004. C. civ. (texte qui consacre la possibilité de révoquer le mandataire « ad nutum ») et l'autorité donnée à l'exécuteur si celui-ci était le représentant des héritiers et des légataires universels ? (2).

(1) Demolombe : Traité des donations entre vifs et des testaments, t. V. n° 5.

(2) Lyon, 15 Mars 1854 : S. 55. 2. 424.

En vain, on objecterait que l'obligation imposée à cet exécuteur de rendre compte à ces deux classes de personnes semble indiquer que c'est envers celles-ci qu'il est obligé et que c'est d'elles seules qu'il tient son mandat. A cela il faut répondre que si les successeurs du de cujus peuvent recevoir ce compte, c'est parce qu'à l'époque de la reddition ils occupent la place de leur auteur décédé.

Nous avons dit plus haut que l'exécution testamentaire était à la fois soumise aux règles du mandat et aux règles particulières renfermées dans les articles qui lui sont spécialement consacrés. Voyons, dans deux sections distinctes, les conséquences qui découlent de ce principe.

SECTION I

Application des règles générales du mandat aux Exécuteurs testamentaires

1^o Il est loisible à celui qui est nommé exécuteur testamentaire d'accepter ou de refuser la charge ; celle-ci n'est qu'un « simple office d'ami » (1) et, par suite, on peut la répudier « sans être obligé d'alléguer une excuse » (2).

De même que la personne appelée à une exécution testamentaire est libre dans sa décision, de même le testateur a toute faculté de désigner ou non des mandataires spéciaux ; il « pourra » faire ce qu'il voudra à cet égard. Mais il n'est pas permis de suppléer à son silence. Dans le cas où ses

(1) Pothier : Donat. testam. chap, V, sect. I, art. 1.

(2) Furgole, n^o 20.

dernières dispositions ne contiendraient aucune indication à ce sujet « les légataires ne peuvent demander qu'il en soit établi un d'office » (1).

La jurisprudence a cependant admis, dans une espèce particulière, la nomination par justice d'une personne destinée à remplacer un exécuteur testamentaire qui n'acceptait pas le mandat à lui confié. Il s'agissait d'une succession échue à des mineurs et la Cour de cassation a pensé qu'il était bon, pour sauvegarder les intérêts de ceux-ci, de donner à une sorte de surveillant spécial, n'ayant ni le nom ni les pouvoirs d'un exécuteur, la mission de suivre la liquidation et de veiller à la parfaite exécution de l'acte testamentaire dans l'intérêt exclusif de ceux qu'il doit protéger (2).

2° Dès que l'exécuteur a consenti expressément ou tacitement, le contrat de mandat est irrévocablement formé (art. 1984, C. civ.). Cependant une exception doit être adoptée et il y aurait lieu d'admettre, comme en matière de mandat, que l'exécuteur pourrait refuser la charge précédemment acceptée si son exercice entraîne pour lui « un préjudice considérable, » (art. 2007 C. civ.).

3° L'exécution testamentaire n'est pas une fonction publique : « Les personnes qui ne sont pas capables de fonctions publiques et offices civils ne laissent pas de pouvoir être exécutrices » (3).

(1) Ricard, n° 64.

(2) Cass. 3 Juin 1872. Dall. Pér. 72. 1. 241.

(3) Pothier, art. 1^{er}.

Est donc valable la nomination d'un étranger (1), celui-ci est même dispensé de fournir la caution « *judicatum solvi* » s'il demande la main levée d'une opposition formée sur des valeurs faisant partie du patrimoine en liquidation (2).

La femme n'est pas non plus incapable d'être investie d'une telle mission (l'art. 1029 s'y rapporte du reste). Mais lorsqu'elle est soumise à la puissance maritale, il existe des règles particulières sur lesquelles nous reviendrons ultérieurement.

Le testateur pourrait également confier l'exécution à l'un de ses héritiers ou de ses légataires. Cependant l'héritier devant intervenir comme exécuteur dans les contestations soulevées à l'occasion ou au cours de son mandat, serait tenu de refuser celui-ci s'il avait l'intention d'attaquer le testament ; du moins ne devrait-il accepter qu'avec des réserves s'il veut seulement combattre certaines des clauses testamentaires (3).

Il n'y a pas davantage incompatibilité entre les fonctions d'exécuteur et celles de conseil de tutelle ou de tuteur, car ces deux charges, toutes de confiance, semblent au contraire devoir se fortifier l'une l'autre (4).

S'il n'est pas requis que l'exécuteur ait la jouissance des droits politiques, il est du moins

(1) Colmar, 8 Novembre 1821 : Dev., Coll. nouv., VI, 2, 482.

(2) Bordeaux, 3 Mars 1880 : S. 81. 2. 8.

(3) Demolombe, n° 9. — Toullier : T. V, n° 579.

(4) Troplong, t. IV, n° 2042. — Colmar, 8 Novembre 1821, arrêt précité. — Paris, 15 Messidor an XII : Dev. Coll. nouv. I, 2, 203.

indispensable qu'il ne soit pas privé de ses droits civils car, dans ce cas, il ne pourrait s'obliger (art. 1028. C. Civ.). C'est pour ce motif que sous l'empire du Code Civil (avant la loi du 31 Mai 1854) on considérait comme non avenue la désignation d'un individu frappé de mort civile et qu'on repousse aujourd'hui celle d'un interdit légalement.

4° Le mandat est gratuit de sa nature (art. 1986 C. civ.). Aucun texte n'exprimant une règle contraire en matière d'exécution testamentaire, il y a lieu d'appliquer le même principe et de refuser à celui qui exerce la charge, le droit de réclamer une rémunération.

Dès lors, il faut déclarer nulle l'institution d'un légataire universel qui n'est en réalité qu'un exécuteur testamentaire (1).

Deux conséquences résultent encore de cette règle. D'abord, celui qui est incapable de recevoir un legs du testateur peut néanmoins exécuter le testament de celui-ci. On devrait donc observer la volonté du disposant dans les cas suivants :

Si un pupille confie à son tuteur le soin de réaliser ses derniers désirs.

Si un père ou une mère choisit son enfant naturel, bien qu'ayant épuisé la quotité disponible à l'égard de ce dernier.

Si le de cujus désigne une des personnes qui l'ont traité ou assisté dans sa dernière maladie (2).

(1) Dijon, 2 Avril 1874 : S. 74, 2, 253. — Cass. 30 Novembre 1869 : S. 70, 1, 119. — Orléans, 4 Juillet 1885 : Dall. Per. 86, 2, 195.

(2) Pau, 24 Août 1825 : Dev. Coll. nouv. VIII, 2, 134.

Ou, si ayant convolé en secondes noces, et ayant laissé au second conjoint le maximum permis par la loi, il lui confère en outre la charge d'exécuter les dispositions contenues dans son testament.

Dans ces diverses hypothèses, les art. 907, 908, 909, 1098 C. Civ. ne sont violés en aucune manière.

C'est également de la gratuité du mandat (et c'est là la seconde conséquence) que découle le droit de confier l'exécution à l'un des témoins du testament par acte public ou même au notaire qui reçoit ce testament. L'art. 975 C. Civ. et l'art. 8 de la loi du 25 Ventôse an XI ne s'opposent pas à ces décisions (1).

Nous avons supposé jusqu'à présent, en obéissant à l'art. 1986 C. Civ. que l'exécuteur testamentaire ne pouvait exiger aucun salaire pour ses fonctions, parce que le testament était muet sur ce point. Mais il est possible de lui accorder une rémunération si l'intention du disposant est clairement exprimée en ce sens. Cette libéralité, à laquelle est donné le nom de *diamant*, a le caractère d'un simple souvenir et non d'un véritable legs. Le testateur n'a entendu gratifier son exécuteur « à titre d'honoraires » que de « la rétribution de son temps et de ses soins » (2).

Dès lors, toute personne qui ne peut recevoir par testament sera, en ce qui concerne le diamant,

(1) Gand, 12 Avril 1839 : Dall. Alph. v°, Notaire n° 429. — Cass. req, 4 Juin 1883 : D. P. 84, 1, 51.

(2) Demolombe, n° 12.

relevée de son incapacité pourvu que ce présent conserve nettement le caractère de don rémunératoire. Mais il ne faudrait pas hésiter à repousser impitoyablement toute disposition qui, sous une forme indirecte, servirait à couvrir un véritable legs et par laquelle le de cujus chercherait à éluder les règles édictées par les articles 911, 1099 et 1100 C. Civ. Dans tous les cas, il y aura pour les tribunaux une question de fait à apprécier.

Lorsque le testateur laisse un présent ou un legs à celui qu'il nomme son exécuteur, faut-il dire que la seule acceptation de la libéralité par ce dernier, entraîne l'acceptation de la charge ? En sens contraire, doit-on supposer qu'en refusant ce présent ou ce legs, l'exécuteur a entendu répudier en même temps le mandat qui lui était confié ?

Nous écarterons tout d'abord le cas où le disposant laisse certains biens à son mandataire comme condition expresse de l'exécution du testament. Nous sommes ici en présence d'un don fait sous condition, et l'obéissance aux volontés du défunt seule permettra à cette exécuteur de recueillir les valeurs qui lui sont attribuées. Il peut alors refuser la charge en renonçant au legs.

Il n'y a pas davantage de difficultés si, au contraire, le disposant a laissé complètement indépendantes la mission de l'exécuteur et la libéralité faite à ce dernier. Mais bien souvent, le lien qui peut exister entre l'une et l'autre ne sera pas nettement indiqué : à quelles règles dès lors faut-il obéir ?

Diverses opinions ont été émises sur ce point. Pour certains auteurs, le legs est toujours présumé fait à cause de la charge et celle-ci ne peut, sauf déclaration contraire du testateur, être acceptée ou refusée sans que celui-là soit soumis à la même détermination (1).

Une théorie, enseignée par M. Demolombe (2), nous semble diviser très justement cette question en deux hypothèses distinctes. Les tribunaux auront un pouvoir souverain d'appréciation et rechercheront s'il s'agit « d'un legs véritable qui, par son importance, ne puisse être considéré comme la simple rémunération de la charge », ou s'il y a seulement un salaire ou un présent « qui doit être considéré comme fait à l'exécuteur testamentaire en cette qualité et en considération de la charge qui lui est imposée ». Lorsqu'il y a un legs véritable on ne peut supposer que le disposant, en nommant un exécuteur, a eu l'intention de subordonner le sort du legs à celui du mandat (arg. art. 1023, C. Civ.) On oppose parfois à cette solution, une décision de Paul : ce jurisconsulte déclarait que, sauf clause contraire, celui que le de cujus appelle à la tutelle de ses enfants et à qui il laisse en même temps une libéralité, ne peut prendre celle-ci «... si tutelam non administravit » (3). Mais cette opinion, approuvée par Ricard en matière de tutelle, avait

(1) Delvincourt : Cours de code civil, p. 95, note 5.

(2) Furgole, n° 21. — Aubry et Rau (4^e édit.), t. VII § 711 - 2^o p. 449, note 9. Demolombe, nos 14 et 15.

(3) L. 33. D. de excusat. 27 - 1.

été repoussée par lui quant à l'exécution testamentaire(1). Nous ne comprenons pas cependant pourquoi cet auteur fait une telle distinction. Il nous paraît en effet illogique de trancher différemment la question dans les deux hypothèses; on arriverait ainsi à rendre meilleure la situation du légataire alors qu'elle est en réalité moins onéreuse que celle du tuteur.

L'indépendance du legs et de la charge ne doit toutefois être admise que comme « présomption simple.... susceptible d'être combattue par une intention contraire qui pourrait résulter des termes du testament et des circonstances ». (2).

Nous avons dit que le diamant peut n'être en réalité qu'un salaire donné à l'exécuteur « en considération de la charge qui lui est imposée ».

La présomption dans cette hypothèse ne sera plus la même que dans la précédente. L'intention du défunt est ici de n'accorder à son mandataire qu'une récompense pour les difficultés qu'il aura à surmonter et pour les embarras et les ennuis que lui causera l'exercice de ses fonctions: le legs et la charge doivent être considérés comme étant étroitement unis. Dès lors si l'exécuteur refuse le mandat, il ne pourra réclamer la rémunération qui y était attachée et s'il accepte celle-ci, il s'engage par là même à exécuter la mission dont il est investi.

La théorie adoptée par M. Demolombe nous

(1) Ricard ; 3^e p^{te}, nos 236 et 237.

2) Demolombe, n^o 14.

paraît donner la solution la plus exacte aux questions que nous avons à examiner; recevra-t-elle son application dans les deux cas spéciaux que nous allons mentionner ?

Si un mineur (nous verrons que le mineur ne peut être exécuteur testamentaire) est désigné par le testateur pour exécuter le testament et si en même temps un legs lui est attribué, ce legs pourra-t-il être recueilli par l'incapable bien que le mandat d'exécuter les volontés du de cujus ne puisse être rempli ?

La femme mariée qui n'a pu obtenir l'autorisation maritale indispensable pour l'exercice de la charge, doit-elle également, par suite de l'impossibilité où elle se trouve de s'acquitter de sa mission, être privée de la libéralité ?

Dans l'un et l'autre cas, la doctrine de M. Demolombe peut être invoquée et il y a lieu de rechercher à quel titre le disposant a voulu faire parvenir le présent à son exécuteur.

Résulte-t-il des termes du testament ou des circonstances que le de cujus n'a nullement entendu subordonner le sort de l'une des dispositions à celui de l'autre, la personne incapable relativement à l'exécution testamentaire pourra néanmoins recueillir les biens qui lui sont laissés et y aura un droit indéniable, comme tout légataire capable.

Mais il peut arriver que la libéralité lui soit attribuée par rapport aux fonctions qu'elle est appelée à exercer. Dans cette occurrence, nous nous appuyons sur l'art. 900 C. Civ. et nous nous prononçons pour la validité du legs, qu'il

soit fait au mineur ou à la femme mariée. Aux termes de cet article, en effet : « Dans toute disposition... testamentaire, les dispositions qui seront contraires aux lois... seront réputées non écrites. » Faut-il, quand il s'agit d'un mineur, rechercher si le testateur a connu ou non la minorité de celui qu'il a désigné comme exécuteur?

En principe nous pensons devoir répondre négativement. Cependant M. Delvincourt a cru bon de distinguer. Si le disposant avait connaissance de cette minorité, la condition d'accepter la charge à laquelle est soumis le legs devrait être considérée comme non écrite et le mineur pourrait le recevoir, bien qu'il soit privé du droit d'exercer le mandat qui y était attaché. Si au contraire, le de cujus ignorait la situation de celui qu'il nomme son exécuteur, la libéralité faite en faveur de ce dernier serait caduque en vertu de l'art. 1043 C. Civ. (1).

A notre avis, le législateur n'a pas voulu permettre une telle distinction : il s'est prononcé dans l'art. 900 indépendamment de toute considération de la volonté du testateur. Il faut donc pour obéir à la loi, faire abstraction de la connaissance ou de l'ignorance chez le disposant de la qualité de mineur appartenant à son exécuteur : faute de texte, l'interprète ne peut suppléer au silence des rédacteurs du Code.

Il ne faudrait pas cependant repousser d'une façon absolue la doctrine de M. Delvincourt.

(1) Delvincourt, t. II, p. 96, note 8.

Elle pourrait justement être mise en vigueur si l'héritier prouvait que le testateur, en nommant un exécuteur mineur avait l'espoir que l'incapacité résultant de la minorité aurait pris fin lors de l'ouverture de la succession et que devenu majeur, cet exécuteur pourrait librement s'acquitter des fonctions auxquelles il est appelé.

Malgré la règle de l'art. 900, le mineur, comme du reste la femme mariée non autorisée à exécuter le testament, seraient privés du droit d'obtenir le legs qui leur est fait, s'il apparaissait d'après les termes de ce testament que le diamant est uniquement une rémunération du service rendu et un salaire attaché à l'exécution du mandat.

Nous venons de dire que deux classes de personnes pouvaient, bien qu'elles fussent incapables d'exécuter le testament du défunt, recueillir néanmoins la libéralité qui leur était faite par ce dernier, si elle conserve le caractère de legs. Faut-il généraliser la règle posée par M. Demolombe, et admettre que dans tous les cas celui qui ne peut recevoir par testament du disposant aura la liberté de prendre la récompense, le présent qui, n'ayant pas les caractères d'un véritable legs, sera la simple reconnaissance du service rendu ? Comment considérer, par exemple, le diamant laissé au notaire qui a reçu le testament ou celui qui est attribué à l'un des témoins qui ont assisté le notaire lors de la confection de l'acte de dernière volonté ?

Il semblerait équitable d'étendre les mesures

favorables au profit du notaire et des témoins. Mais si dans les autres hypothèses que nous avons proposées il était possible, tout en observant strictement la loi, de faire une différence entre le legs proprement dit et le simple présent, les dispositions législatives auxquelles sont soumises les personnes dont nous nous occupons, paraissent trop précises pour autoriser une telle interprétation.

En effet, si l'on se reporte à la loi du 25 Ventôse an XI, loi relative à l'organisation du notariat, on trouve dans l'article 8. une défense absolue faite au notaire « de recevoir des actes... qui contiendraient quelque disposition en sa faveur ». La prohibition du législateur peut donc s'entendre d'une manière très large, et les expressions générales de ce texte ne permettent aucun détour ni aucune atténuation aux rigueurs du principe qu'il renferme. (1).

Lorsqu'il s'agit du témoin d'un testament fait en la forme authentique, nous rencontrons dans le Code civil même une règle aussi sévère. L'article 975 déclare que « ne pourront être pris pour témoins du testament par acte public... les légataires à quelque titre que ce soit... » Les rédacteurs du Code nous paraissent avoir voulu employer une formule assez étendue pour éviter des distinctions qui entraîneraient à des appréciations pleines d'arbitraire et d'incertitude.

Les tribunaux seront donc tenus de prononcer la nullité de la libéralité faite dans ces condi-

(1) Douai, 15 Janvier 1834 : S. 34. 2. 115. .

tions et d'obéir aux règles nettement impératives exposées dans les textes précités. (1).

M. Demolombe, qui adopte ce système pour le véritable legs, semble hésiter à se prononcer quand le disposant n'a voulu laisser à son exécuteur qu'un présent modique. Il admet la valeur des arguments que nous avons invoqués et reconnaît les dangers de la doctrine que nous avons repoussée. Néanmoins, par crainte d'une « rigueur extrême », et pour tenir compte « des convenances et des habitudes de notre société », il décide, en invoquant l'autorité de Pothier, que le notaire et le témoin peuvent recevoir un diamant. Mais les tribunaux doivent apprécier d'après les circonstances et rechercher avec plus de soin la véritable intention du testateur dans le cas où le legs consistera en une somme d'argent et non dans un objet mobilier corporel. (2).

Notons que, relativement au témoin, il a été jugé que l'exécuteur testamentaire, gratifié à ce titre d'une somme quelconque, doit être considéré comme légataire dans le sens de l'art. 975 C. civ. De telle sorte que le testament doit être annulé si un parent au degré prohibé de l'exécuteur y figure comme témoin (3).

Parfois le testateur ne fait aucun legs à son exécuteur, mais dispose au profit d'un proche parent de ce dernier ; nous pensons que, dans

(1) Grenier : Donat. et Test., t. I, n° 335.— Cass. 4 Juin 1883 : Dall. Per. 84. 1, 51.

(2) Demolombe, n° 19. — Pothier, art. I. — Colmet de Santerre : Cours analyt. de Code civil, t. IV, n° 170 bis II.

(3) Paris, 5 février 1833 : Dall. Alph. V° Disp. entre-vifs, n° 3185.

ce cas, la personne désignée comme légataire aura le droit de recueillir les biens qui lui ont été laissés sans qu'il y ait à rechercher si l'exécuteur a ou non accepté de remplir son mandat. Nous excepterions seulement l'hypothèse où il serait prouvé d'une manière certaine que la validité de la libéralité est subordonnée à l'exercice de la charge par le mandataire (1).

Déjà nous avons dit qu'en dehors des textes spéciaux par lesquels le législateur a dérogé expressément aux règles du mandat, l'exécution testamentaire était soumise aux art. 1991 à 1996 C. civ. relatifs aux obligations du mandataire.

Nous aurons fréquemment à mettre ces dispositions en pratique pour déterminer les fonctions et les pouvoirs de l'exécuteur, mais il est nécessaire de rechercher d'abord quelles sont les modifications apportées par le Code civil dans la section que nous étudions.

SECTION II

Règles spéciales à l'exécution testamentaire.

1° Tandis que le mandataire ordinaire peut, en vertu de l'art. 1985 C. civ., recevoir son mandat par acte public ou par acte sous seing-privé, par lettre ou même verbalement, l'exécuteur ne peut être nommé que par testament. On ne pourrait donc valider la désignation qui en

(1) Demolombe, n° 19 bis.

aurait été faite par un acte notarié ou par un acte sous seing-privé écrit de la main d'un tiers, fût-il même approuvé et signé du disposant.

Cette décision est fondée sur la place occupée dans le Code civil par la section consacrée aux exécuteurs testamentaires, dans le Chapitre des Testaments. Ajoutons que les conséquences résultant de l'exécution testamentaire imposent cette solution. N'oublions pas, en effet, que si la nomination d'un exécuteur n'a pas les caractères d'une libéralité, elle modifie néanmoins les droits des héritiers. Or, un acte réunissant les formes du testament peut seul apporter un changement, quelque minime qu'il soit, aux droits conférés par la loi à ces derniers. C'est en vain que l'on opposerait l'autorisation accordée par les art. 392 et 395 C. Civ. de procéder à la nomination du conseil de tutelle ou du tuteur par une simple déclaration faite devant un juge de paix ou un notaire. Faute de texte, on ne peut admettre l'application de ces modes de désignation en notre matière.

L'exécuteur, qui tient ses pouvoirs du testament, ne peut être révoqué par un acte sous seing privé écrit par un tiers et seulement approuvé et signé par le disposant. Mais un acte notarié ordinaire serait suffisant pour assurer cette révocation. L'art. 1035 C. Civ. autorise lui-même ce moyen en décidant « qu'un acte devant notaire, portant déclaration de changement de volonté » peut rendre non avenues les dispositions testamentaires précédemment écrites.

Dès que l'acte contenant la nomination d'un exécuteur a la valeur d'un testament, cette nomination est valablement faite et peu importe que le testament soit olographe, public, ou mystique. De même l'exécuteur pourrait recevoir son mandat par un testament autre que celui dont il doit assurer l'exécution.

Serait également efficace, à notre avis, la désignation faite dans un codicille qui ne renfermerait aucune autre disposition (1). Nous combattons sur ce point l'opinion émise par M. Laurent. Cet auteur pense que le codicille n'a du testament que la forme : or la loi exige toujours que l'exécuteur soit investi de sa charge par un véritable testament, c'est-à-dire par un acte contenant une attribution de biens. (2)

Certaines coutumes permettaient au juge d'indiquer à quelles personnes serait confiée l'exécution du testament. Cette pratique, peu usitée du reste dans l'ancien droit, a disparu complètement aujourd'hui.

A ce sujet la Cour de Caen a décidé que si l'exécuteur choisi par le testateur refuse d'accepter ses fonctions, c'est aux héritiers de ce testateur que passe la charge. La justice ne peut, contre leur gré, nommer un curateur pour remplacer l'exécuteur. (3)

2° Contrairement à l'article 1990 C. civ. qui autorise le mandant à prendre pour mandataires des personnes incapables de s'obliger, l'art. 1028

(1) Coin-Delisle : Donat. et Testam. Observ. spéc. à la sect., n° 6.

(2) Laurent : Précis de Droit Civil, t. XIV, n° 324.

(3) Caen, 13 Janvier 1823 : Dev. Coll. nouv. VII, 2, 155.

pose en règle générale que « celui qui ne peut s'obliger ne peut être exécuteur testamentaire. »

Cette importante dérogation s'explique facilement par la différence de situation du mandataire et de l'exécuteur testamentaire. Le mandant a-t-il choisi comme représentant un mandataire inhabile ou infidèle, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même de l'erreur qu'il a commise, et a du reste le pouvoir de révoquer ce mandataire comme bon lui semble : seul aussi, il supportera le préjudice qui peut résulter de l'accomplissement du mandat.

S'agit-il au contraire de l'exécuteur testamentaire : les héritiers n'ont point participé à sa nomination ; ils ne peuvent modifier sur aucun point les pouvoirs que le défunt lui a attribués, ils sont tenus de lui laisser accomplir tous les actes qu'il juge utiles pour assurer l'exécution du testament. L'exécuteur représente le disposant : il est imposé par celui-ci aux héritiers et aux légataires.

Il était donc équitable de sauvegarder les intérêts de ces divers successeurs en ne permettant au testateur de choisir l'exécuteur que parmi les personnes présentant les plus sérieuses garanties de capacité. Les héritiers et légataires ayant seuls à subir les pertes provenant d'une mauvaise gestion, « l'exécuteur doit donc leur offrir au moins la garantie de sa responsabilité personnelle » (1).

Remarquons que l'art. 1028 C. Civ., étant conçu

(1) Baudry : t. II, n° 396.

en termes généraux, devrait recevoir son application même dans le cas où le disposant ne laisserait aucun héritier réservataire.

Les art. 1029 et 1030 présentent deux conséquences du principe énoncé dans le texte qui les précède immédiatement. L'une est relative à la femme mariée, l'autre au mineur. L'art. 1029 subordonne à l'autorisation maritale l'acceptation d'une exécution testamentaire par la femme mariée. Voici en quels termes il s'exprime :

« La femme mariée ne pourra accepter l'exécution testamentaire qu'avec le consentement de son mari ».

« Si elle est séparée de biens soit par contrat de mariage, soit par jugement, elle le pourra avec le consentement de son mari, ou, à son refus, autorisée par la justice, conformément à ce qui est prescrit par les articles 217 et 219, au titre du Mariage ».

La rédaction de la première partie de la disposition que nous venons de rapporter semble ne permettre aucune distinction. Donc, quel que soit le régime auquel sont soumis les époux, (régime de communauté, sans communauté, dotal), il sera nécessaire que le mari intervienne pour que la femme puisse se charger de la mission spéciale à laquelle elle est appelée par le défunt.

Une seule exception est admise, elle est indiquée par le second alinéa de l'article précité. Lorsque la femme est mariée sous le régime de la séparation de biens ou qu'elle a été séparée de biens par jugement, la justice

peut, dans le cas où le mari refuse d'autoriser la femme, permettre à celle-ci d'accepter l'exécution.

Le but du législateur en restreignant les pouvoirs du testateur eu égard aux personnes qu'il peut désigner pour l'accomplissement de ses dernières volontés est, nous l'avons dit, de ne permettre que la nomination d'exécuteurs présentant de sérieuses garanties aux intéressés : « or, sous ce rapport, l'art. 1029 est plus qu'un corollaire de la règle posée par l'art. 1028, il la fortifie et la complète » (1).

En effet, la femme mariée, lorsqu'elle n'est pas séparée de biens, ne devient pleinement capable de s'obliger que si elle a obtenu l'autorisation de son mari. La justice pourrait, il est vrai, intervenir si le mari ne pouvait ou ne voulait consentir, mais elle ne conférerait à la femme qu'une capacité très relative et restreinte par la loi elle-même à la nue-propriété de ses biens personnels (art. 1413 C. civ.).

Si, au contraire, la femme est soumise au régime de la séparation de biens (que cette séparation résulte du contrat de mariage ou d'un jugement), l'autorisation du tribunal a pour effet de l'habiliter complètement et produit des effets aussi étendus que le consentement du mari sous les autres régimes. Les biens personnels de la femme pourront donc être engagés par elle pour la pleine propriété, et garantiront l'exécution des obligations contractées au cours de sa gestion.

(1) Demolombe, n° 25.

L'exception apportée par la loi dans le cas où il y a séparation de biens peut encore être justifiée d'une autre manière. Le mari aurait pu, par esprit de vexation et sans aucun profit, empêcher à tout instant les actes favorables à la femme, et entraver l'administration d'un patrimoine qui lui demeure complètement étranger : les avantages qui résultent pour la femme de la séparation lui auraient été ainsi retirés indirectement.

Quelle est la situation de la femme mariée sous le régime dotal ? En suivant strictement la règle de l'art. 1029, al. 2, texte qui s'occupe uniquement du cas de séparation de biens, il faudrait décider que la femme dotale ne peut accepter une exécution testamentaire si le mari n'y a consenti. Mais, est-ce bien ainsi qu'il faut interpréter l'intention du législateur ?

Avec la majorité des auteurs, nous croyons qu'il est suffisant, pour la femme dotale possédant des biens paraphernaux, d'obtenir l'autorisation de justice (1).

En effet la femme sera, relativement à ses paraphernaux, dans la même condition que si elle était séparée de biens, puisqu'elle en a la propriété et la jouissance. Ne peut-on dès lors soutenir que si le législateur s'était prononcé sur ce point, il aurait, sans aucun doute, étendu au profit de la femme dotale ayant des paraphernaux, l'exception qu'il a introduite en faveur de la femme séparée.

(1) Colmet de Santerre, t. IV, n° 174 bis, I, 4°. — Aubry et Rau, t. VII, § 711-1°, p. 448.

L'absence de texte peut du reste être expliquée. Le premier projet de Code civil ne renfermait qu'une réglementation très incomplète du régime dotal. Celui-ci, supprimé en fait par suite de la décision du Conseil d'Etat qui repoussait toute stipulation d'inaliénabilité des immeubles dotaux, fut néanmoins repris et introduit dans notre législation après de vives discussions. Les rédacteurs du Code avaient prévu ces difficultés et avaient pensé qu'il serait définitivement exclu : ils négligèrent donc de faire connaître les effets de ce régime en matière d'exécution testamentaire. Aujourd'hui, la doctrine a suppléé à cette lacune de la loi.

Mais si la femme n'a que des biens dotaux et ne possède pas de biens paraphernaux, les tribunaux ne peuvent l'autoriser à accepter l'exécution testamentaire, car dans ce cas « elle ne présente pas plus de garantie aux héritiers et légataires que la femme commune » (1).

En supposant que les époux soient mariés sous le régime de communauté et que le mari ait permis à la femme d'exécuter le testament, il est important de savoir quels sont les effets de ce consentement et quels biens forment le gage des héritiers et légataires.

Cette question présente un intérêt manifeste : si l'on décide que le mari ayant autorisé la femme à être exécutrice testamentaire devient, par le fait même de son adhésion, débiteur personnel des obligations contractées par la femme, non seulement les créanciers auront le

(1) Colmet de Santerre, 174 bis, I. 4^o.

droit de le poursuivre pendant la durée de l'association conjugale pour la totalité de ce qui leur est dû, mais il leur sera également permis d'agir dans cette même mesure contre le mari après la dissolution de la communauté. Admet-on, au contraire, que le mari ne peut être considéré comme tenu personnellement, il faut alors restreindre les droits des intéressés et ne les autoriser à poursuivre le mari après la dissolution de la communauté que comme commun en biens, c'est-à-dire pour moitié en cas d'acceptation de la femme, car, à partir de ce moment, les biens de la communauté ne forment plus avec ceux du mari une masse unique et c'est là ce qui empêche dorénavant d'actionner l'époux pour la totalité de la dette.

C'est seulement en étudiant le titre du Contrat de Mariage et surtout à l'occasion des art. 1413, 1419 et 1432, que la plupart des auteurs arrêtent à la question que nous avons soulevée. Pour nous, qui n'avons point à nous occuper ultérieurement des conventions matrimoniales, il nous paraît nécessaire de l'examiner ici et de donner un rapide aperçu des discussions qui se sont produites à ce sujet.

Il semblerait d'abord que les diverses dispositions du Code auxquelles il faut avoir recours ne peuvent faire naître aucun doute et que les biens du mari, ceux de la femme et ceux de la communauté doivent servir de garantie aux obligations contractées par la femme relativement à l'exécution testamentaire.

En effet, d'une part l'art. 1409, alin. 2, en

énumérant les éléments de la communauté, y comprend... « les dettes tant en capitaux qu'arrérages ou intérêts contractés... par la femme du consentement du mari, sauf la récompense dans les cas où elle a lieu. » D'autre part, l'art. 1419 décide que « les créanciers peuvent poursuivre le paiement des dettes que la femme a contractées avec le consentement du mari, tant sur les biens de la communauté que sur ceux du mari ou de la femme, sauf la récompense due à la communauté ou l'indemnité due au mari. »

Malgré la généralité de ces deux textes et la clarté avec laquelle ils paraissent être rédigés, certains jurisconsultes refusent aux intéressés le droit d'exercer leurs poursuites sur les trois patrimoines.

M. Duranton (1) établit son argumentation en ce sens. Il recherche le but que s'est proposé le législateur dans l'art. 1419. Il pense que cette disposition édicte seulement une mesure de protection à l'égard des créanciers et ne doit s'appliquer que dans un seul cas : quand le mari, par fraude, fait contracter la femme pour retirer personnellement le profit résultant de ces obligations. Sans l'art. 1419, les créanciers auraient eu pour gage, dans cette hypothèse, le patrimoine de la femme, mais non les biens du mari ni ceux de la communauté ; c'est ce que n'ont point voulu les rédacteurs du Code. Mais comme la crainte de tels abus ne peut se présenter lorsqu'il y a exécution testamentaire, il faut faire abstraction de l'art. 1419 et décider

(1) Duranton : Cours de droit français, t. IX, n° 394.

que les biens de la femme serviront seuls au désintéressement des créanciers.

Une telle doctrine ne nous semble pas admissible. Rien en effet dans le texte ne nous autorise à faire des distinctions auxquelles le législateur n'a lui-même nullement songé. Que l'on se reporte aux travaux préparatoires du Code, on n'y trouvera aucune discussion qui laisse soupçonner une tendance à suivre la théorie enseignée par M. Duranton. Du reste, l'art. 1419 n'est véritablement qu'une application de ce principe que toute dette de la communauté est dette du mari. Si l'autorisation matrimoniale suffit pour engager les trois patrimoines, c'est parce « qu'elle lève l'obstacle qui s'opposait à ce que la femme exerçât son droit de copropriété » (1), obstacle qui provenait de cette règle fondamentale en vertu de laquelle, pendant la durée de la communauté, le mari a seul l'administration et la jouissance des biens dont elle se compose. (Art 1421 C. civ.).

M. Troplong (2), pour soutenir que le mari n'est pas tenu personnellement envers les héritiers et légataires, invoque un autre motif. Pourquoi, se demande-t-il, avoir admis dans l'article 1419 le droit d'agir sur les trois patrimoines? C'est parce qu'on présume que l'acte autorisé par le mari vise à la fois ses intérêts et ceux de la communauté ou même seulement les intérêts de cette dernière. Il n'y a point de raison de grever l'époux de charges quand il ne retire aucun

(1) Baudry, t. III, n° 95.

(2) Troplong, t. IV, n° 2016.

avantage de l'acte auquel il a simplement consenti. Or, dans le cas d'exécution testamentaire, ni le mari, ni la communauté ne peuvent retirer aucun profit du mandat exercé par la femme.

Il faut, ajoute M. Troplong, admettre encore l'exemption du mari si une récompense modique accompagne la nomination de la femme, car on ne peut penser que « le seul appât de cette rémunération » ait poussé le mari à autoriser l'exécution par la femme. La même solution devrait être donnée si un legs était laissé à la femme désignée comme exécutrice, pourvu toutefois que la libéralité et la charge restent indépendantes ; ce n'est en effet que si cette dernière condition existe que le mari pourra être considéré comme n'ayant aucun intérêt personnel à l'exécution du testament par la femme.

L'explication fournie par l'auteur de ce second système entrainerait donc à soustraire à toute obligation personnelle pour les dettes qu'il aurait autorisé la femme à contracter et qui seraient sans avantage pour lui. Nous ne croyons pas cependant qu'une telle opinion puisse être adoptée, bien qu'elle nous semble fondée sur des considérations parfaitement équitables.

« Tout ce qui résulte de l'art. 1419, dirons-nous avec M. Baudry, c'est que le mari peut être poursuivi pour l'exécution des obligations contractées par la femme avec autorisation ; mais cela ne prouve pas qu'il devienne débiteur personnel » (1). Il est en effet un principe certain que notre légis-

(1) Baudry : t. III, n° 95.

lateur a emprunté au Droit Romain et qu'il n'a pas manqué d'appliquer, à diverses reprises, dans notre droit civil, c'est que « qui auctor est non se obligat ». Cet adage peut-il être invoqué dans notre question? Rien ne prouve qu'il faille l'écarter et l'on ne pourrait expliquer comment le mari qui donne un consentement serait tenu envers les créanciers de la femme, puisque le conseil judiciaire qui assiste un prodigue ou un faible d'esprit n'est pas obligé par son autorisation, pas plus du reste que les personnes qui assistent le futur époux mineur dans son contrat de mariage. « Le vrai principe est que celui qui autorise ne s'oblige pas, il rend seulement capable celui qui était incapable » (1).

M. Colmet de Santerre (2) a cependant soutenu que l'art. 1419 était exceptionnel et repoussait l'application de la maxime « qui auctor est se non obligat ». Le motif de cette décision est que « les intérêts du mari et de la femme commune » en biens sont tellement mêlés, on peut dire « enchevêtrés, que tous les actes accomplis par » la femme et qui lui semblent propres intérêts » ressent le mari à un degré plus ou moins « élevé. » Il est donc utile de protéger les tiers qui, par erreur, pourraient croire que l'acte est fait pour l'avantage commun; ils penseraient « avoir contracté avec le mari parce qu'il jouait » dans l'acte un certain rôle dont ils n'auraient » pas aperçu exactement le caractère. » C'est donc pour éviter des difficultés et des réclamations de leur part que le législateur a cru bon

(1) Laurent : t. XXI, nos 428 et 429.

(2) Colmet de Santerre, t. VI, n° 41 bis, XXI.

de prendre, dans l'art. 1419, une mesure destinée à faire subir au mari les conséquences de son autorisation.

Répondant à l'objection qui peut se présenter à l'occasion des art. 1413 et 1432, textes qui semblent combattre directement la théorie générale que nous venons d'énoncer, M. Colmet de Santerre décide que ces deux articles doivent être regardés comme apportant des dérogations à l'art. 1419; et ces dérogations s'imposent, car il faut admettre que l'acquisition d'une succession purement immobilière par la femme, et l'aliénation d'un propre de celle-ci constituent des actes auxquels seule elle est intéressée. On peut affirmer que, dans ces hypothèses, « l'obligation de la femme a pris naissance dans » un intérêt évidemment et essentiellement propre. »

Malgré toute l'autorité qui s'attache aux doctrines du savant auteur, nous ne croyons pas que l'on puisse dire que le mari est obligé personnellement par les actes de la femme à laquelle il a donné son autorisation.

Pour nous, le mari peut bien être poursuivi pour l'exécution des obligations contractées par la femme autorisée, mais il ne devient pas pour cela débiteur personnel. Les créanciers ont, pendant la durée de la communauté, le droit d'agir sur les biens de celle-ci et en même temps sur le patrimoine du mari, c'est là ce qui résulte de l'art. 1419. Mais comment pourrait-il en être autrement en présence des droits excessifs conférés au mari sur l'ensemble de tous les biens; comment, représentant de l'as-

sociation conjugale, pourrait-il être soustrait à toute poursuite, alors que seul il agit et traite avec les créanciers, alors qu'il intervient même dans les actes de la femme en lui donnant son autorisation ?

Les intéressés pourront donc poursuivre le recouvrement de leurs créances sur les biens de la femme, sur ceux de la communauté et sur ceux du mari qui a autorisé la femme à être exécutrice, mais un règlement ultérieur des récompenses que les deux époux et la communauté pourront se devoir permettra au mari de recouvrer, à la dissolution de la communauté, les valeurs qu'il avait avancées dans l'intérêt de la femme.

Il en serait encore ainsi, à notre avis, si le testateur laisse à la femme soit une rémunération du service rendu, soit un véritable legs ; et il n'y a pas à distinguer si celui-ci tombe en communauté ou reste propre, s'il est attaché à l'exécution du testament ou s'il en est indépendant. Le mandat confié à la femme n'est qu'une simple mission de confiance et d'amitié, il n'y a donc pas à se préoccuper du legs qui l'accompagne et de rechercher sur quels motifs il est fondé.

L'art. 1030 renferme la seconde application du principe que pour être exécuteur testamentaire il faut être capable de s'obliger : « Le » mineur ne pourra être exécuteur testamentaire, » même avec l'autorisation de son tuteur ou » curateur. » Cette prohibition n'est également

qu'une conséquence de la règle qui déclare le mineur absolument incapable de s'obliger.

Quant à l'autorisation du tuteur, elle est inefficace pour habiliter le mineur à l'exécution testamentaire. Celle-ci est une charge essentiellement personnelle; elle ne pourrait donc être remplie par le tuteur, car il cesse de pouvoir représenter le mineur quand il s'agit d'actes où ce dernier doit intervenir en personne.

Pothier (1) permettait aux mineurs émancipés de se charger d'une exécution testamentaire sous la seule condition que les obligations qui pourraient en résulter fussent proportionnés à leurs revenus.

Le législateur de 1804 n'a pas fait de distinction. Le mot « curateur », ajouté lors de la discussion de l'art. 1030 (ce mot ne se trouvait pas dans le premier projet soumis au Tribunal), prouve suffisamment que la prohibition s'étend aujourd'hui à tous les mineurs, qu'ils soient émancipés ou non (2).

L'art. 1038 décide, nous l'avons dit, que celui-là seul qui est capable de s'obliger peut se charger d'une exécution testamentaire. Ce texte nous permet donc d'en exclure :

Celui qui est interdit judiciairement (art. 502, 509, C. civ.) ou légalement (art. 29 C. pén.).

L'individu pourvu d'un conseil judiciaire (art. 449, 513 C. civ.).

Celui qui est interné dans un établissement public ou privé d'aliénés (art. 39, loi du 30 Juin 1838).

(1) Pothier, art. 1^{er}.

(2) Fenet : Travaux préparatoires du Code civil, t. XII, p. 462, 463.

A quelle époque faut-il se placer pour savoir si la capacité requise existe chez l'exécuteur testamentaire ? Uniquement au moment du décès du disposant, car c'est seulement à partir de cette époque que pourra commencer la mission du mandataire. C'est en ce sens que s'exprime nettement la loi relativement au légataire (art. 906 C. civ.) et qu'elle semble également se prononcer à l'égard de l'exécuteur, puisque les art. 1028, 1029, 1030, parlent des incapacités « d'accepter » l'exécution et du droit « d'être » exécuteur.

Faut-il priver du droit d'être appelé à l'exécution d'un testament un homme sans biens, par cette seule raison qu'il est insolvable ? D'accord avec Pothier (1), qui se pose la même question, nous répondrons négativement. Le testateur « a bien voulu suivre la foi » de celui qu'il a désigné, il ne faut donc pas rechercher quelle est la solvabilité de l'exécuteur, car « elle peut être remplacée par la fidélité et l'exactitude » (2).

Cette opinion était partagée par la plupart de nos anciens auteurs.

Aujourd'hui, il n'existe aucune disposition législative sur ce point : en vertu de ce principe que les exceptions sont de stricte interprétation, il ne nous est donc pas permis de créer des incapacités nouvelles.

Nous repoussons également le droit pour les héritiers et légataires de demander aucun compte de sa solvabilité à l'exécuteur, ni d'exiger de lui

(1) Pothier, art. 1^{er}.

(2) Furgole, n° 50.

aucune caution, alors même que le testateur l'aurait investi des pouvoirs les plus étendus.

Cette solution pourrait, semble-t-il, présenter quelque danger si l'insolvabilité de l'exécuteur testamentaire n'était survenue qu'après la confection du testament, parce que dans ce cas les garanties sur lesquelles avait dû compter le disposant ont disparu (1). Que faut-il donc décider si l'exécuteur tombe en faillite ou en déconfiture avant l'ouverture de la succession, mais depuis sa nomination ?

Si le testateur a ignoré avant son décès la situation de celui qui est chargé par lui de l'exécution du testament, il nous semble équitable de permettre aux héritiers et légataires de s'appuyer sur l'art. 2003 C. civ. pour réclamer l'exclusion de ce mandataire.

Si le testateur a connu le changement provoqué par la faillite ou la déconfiture de son représentant, ses successeurs pourraient encore invoquer l'art. 2003, car on peut supposer avec raison que le disposant a soumis la nomination de l'exécuteur à cette condition tacite que celui-ci conserverait la situation dans laquelle il se trouvait lors de la rédaction du testament.

Toutefois, il nous paraît juste de restreindre le pouvoir des héritiers et légataires à des cas graves et de leur refuser de demander la révocation de l'exécuteur lorsqu'il ne s'agit que d'un simple « dérangement dans ses affaires » et non d'une faillite ou d'une déconfiture (2).

(1) Grenier, t. I, n° 333.

(2) Duranton : t. IX, n° 402.

Certains auteurs contestent l'application de l'art. 2003 aux exécuteurs testamentaires. Ils voient dans cette faculté d'exclusion un moyen dangereux de violer les dispositions de dernière volonté et de transgresser les ordres formels du défunt dont le patrimoine sera ainsi sans protecteur.

Nous maintenons néanmoins une solution qui nous paraît répondre exactement aux vœux du testateur, mais en ne l'adoptant que pour les cas expressément indiqués par l'art. 2003; les héritiers et légataires ne pourraient même, à notre avis, attaquer la nomination de l'exécuteur pour cause d'erreur, alors qu'ils seraient en état de prouver que le testateur a ignoré la situation de celui qu'il a désigné (1).

L'art. 1025 ne limite en aucune façon la liberté du disposant quant au nombre de personnes qu'il juge bon d'appeler comme exécutrices. S'il en nomme plusieurs, rien ne l'empêche de le faire par des testaments différents.

Mais on pourrait se demander si, après avoir dans un premier testament chargé un exécuteur d'assurer la réalisation des clauses qui y sont contenues, ce mandataire ne sera pas révoqué par suite de la confection postérieure d'autres actes de dernière volonté renfermant de nouvelles nominations.

Il n'en est rien cependant et la jurisprudence elle-même l'a déclaré d'une manière formelle. La désignation d'un exécuteur testamentaire n'est pas révoquée par un testament postérieur con-

(1) *Contrà* : Colmet de Santerre, t. IV, n° 173 bis II.

tenant une institution d'héritier annulée depuis quand ce testament ne renferme ni une révocation expresse, ni une révocation tacite résultant d'incompatibilité (1).

Telle était la règle de l'ancien droit (2) et telle est encore la solution qui résulte de l'art. 1036 C. Civ. « Les testaments postérieurs qui ne révoqueront pas d'une manière expresse les précédents, est-il dit dans ce texte, n'annuleront dans ceux-ci que celles des dispositions y contenues qui se trouveront incompatibles avec les nouvelles ou qui seront contraires ». Or, la nomination d'un second exécuteur ne peut être considérée sous aucun rapport comme étant incompatible avec celle du premier ou comme y étant contraire.

Le testateur reste toujours le maître de sa volonté et il peut retirer à ses exécuteurs tout ou partie des pouvoirs qu'il leur avait précédemment conférés. De même, il a la faculté de ne leur donner que des attributions spéciales et de restreindre leur mandat à des objets limitativement déterminés. C'est en ce sens que la Cour de Cassation s'est prononcée récemment (3).

Lorsque plusieurs personnes sont chargées de l'exécution d'un même testament, diverses questions peuvent se présenter.

Que décider d'abord si le testateur en nommant ses exécuteurs, leur a légué conjointement une

(1) Limoges, 13 Mai 1867: *Dall. Per.* 67, 2, 81.

(2) Beaumanoir, ch. XIII, n° 43.

(3) Cass. req. 26 Janvier 1886: *S.* 87, 1, 214.

somme à partager et si certains d'entre eux refusent le mandat ?

Il était admis dans l'ancien droit que la part de ceux qui répudiaient la fonction devait accroître la part de ceux qui l'acceptaient (1). La solution est encore la même aujourd'hui, car nous trouvons ici la solidarité de vocation exigée par les articles 1044 et 1045 pour que l'accroissement puisse avoir lieu entre colégataires. Et, avec M. Demolombe (2), nous appliquerions ce principe même dans l'hypothèse où les fonctions auraient été divisées entre les exécuteurs, en réservant toutefois le cas où le disposant aurait manifesté une intention nettement contraire.

La seconde question que nous avons à examiner est relative aux pouvoirs des exécuteurs, agissant les uns au défaut des autres, et à la responsabilité de chacun d'eux. L'art. 1033 la résout en ces termes :

« S'il y a plusieurs exécuteurs qui aient » accepté, un seul pourra agir au défaut des » autres; et ils seront solidairement responsables » du compte du mobilier qui leur a été confié, » à moins que le testateur n'ait divisé leurs » fonctions et que chacun d'eux ne se soit enfermé » dans celle qui lui était attribuée. »

Nous croyons nécessaire de suivre la division de ce texte et de nous arrêter successivement aux deux hypothèses qu'il prévoit.

1^{re} *Hypothèse* : Le testateur a divisé les fonctions de ses exécuteurs testamentaires.

(1) Nouveau Denizart : V^o Exec. test. § III, note 4.

(2) Demolombe, n^o 18.

Dans ce cas, aucune difficulté ne peut se présenter. Chaque exécuteur ne peut agir que dans les limites qui lui sont tracées par le disposant, et les autres ne peuvent se substituer à lui.

Il est donc seulement tenu de ses actes de gestion et n'est responsable que de la portion de mobilier qui lui a été remise. Il ne peut être question pour lui d'engagements solidaires, puisqu'il reste étranger aux actes d'administration ou d'exécution de ceux qui ont été nommés avec lui. Mais s'il a outrepassé ses pouvoirs, il faut le considérer comme obligé pour tout ce qu'il a fait en dehors du mandat spécial que lui avait confié le testateur (1).

2^m^e *Hypothèse* : Le testateur n'a pas divisé les fonctions entre les exécuteurs testamentaires qu'il a nommés :

Nous rencontrons ici des dissentiments entre les interprètes.

M. Delvincourt (2) soumet la validité de la nomination des exécuteurs à la condition « qu'ils aient tous accepté. » D'après cette doctrine, il suffirait donc que l'une des personnes désignées refusât les fonctions qui lui sont confiées par le testateur pour que le mandat donné aux autres devint sans efficacité. C'est là, dit-on, la véritable pensée du législateur qui, dans l'art. 1033, parle des exécuteurs ayant « accepté ». De plus, cette solution est conforme à l'intention du disposant. Celui-ci en effet a entendu conférer à ses mandataires une charge indivisible, ne pouvant

(1) En ce sens : Bastia, 13 Mars 1873 : Dall. Per. 76, 1, 123.

(2) Delvincourt : t. II, p. 95, note 7.

être valablement remplie que si tous ceux qui y avaient été appelés agissent ensemble. Enfin, le refus de l'un des exécuteurs affaiblit la garantie offerte aux héritiers et légataires par la pluralité de nominations et l'on peut supposer que le testateur n'avait fait choix de plusieurs exécuteurs qu'en considération de cette garantie même.

M. Duranton (1) se déclare partisan de la théorie précédente, mais il l'applique avec moins de rigueur. Il ne l'étend pas, comme M. Delvincourt, au cas où les fonctions ont été réparties entre les différents exécuteurs parce qu'alors chacun d'eux a, pour ainsi dire, « un mandat spécial ».

Nous pensons qu'il faut écarter ces deux systèmes et décider que le législateur n'a subordonné, en aucune manière, la validité de la charge confiée à chaque exécuteur, à la condition de l'acceptation de tous ceux qui ont été nommés avec lui.

Pour nous, la question ne se pose même pas lorsque le testateur a divisé les pouvoirs de ses mandataires, car il est alors évident que la mission de chacun est absolument indépendante de celle des autres.

Nous suivrons encore la même opinion dans le cas où les divers exécuteurs n'ont pas reçu d'attributions distinctes. Rien en effet ne peut faire supposer dans la rédaction de l'article 1033, que ce texte ait pour but de résoudre les consé-

(1) Duranton: t. IX, n° 423.

quences du refus d'un exécuteur relativement à la nomination des autres. Il ne tranche qu'une seule question : celle de savoir si un seul des mandataires pourra agir au défaut de ses co-mandataires, non pas « si » tous ont accepté la charge, mais « quoique » tous l'aient accepté (1); il la résout affirmativement puisqu'il autorise chacun des exécuteurs à s'acquitter de son mandat isolément, en vertu de ses pouvoirs propres, alors même que tous les exécuteurs ont consenti à exécuter le testament.

Nous pensons du reste que la théorie proposée par M. Delvincourt serait en contradiction avec la volonté du disposant; elle soumettrait au caprice d'une seule personne la validité ou l'inefficacité des dispositions prises par le testateur pour assurer l'exécution de son testament: un tel résultat est inadmissible.

Si nous consultons nos anciens auteurs à ce sujet, nous trouvons également dans leurs ouvrages, la preuve que si plusieurs exécuteurs avaient été nommés, un seul pouvait agir « in solidum » au défaut des autres sans rechercher si tous ou quelques-uns seulement avaient accepté la charge. Furgole (2) rapporte que cette décision était généralement reçue à son époque.

Aujourd'hui nous avons un texte formel : l'article 1033 nous déclare en effet qu'« un seul pourra agir au défaut des autres »; nous ajouterons même qu'il pourrait remplir son mandat

(1) Demolombe, n° 37. — Colmet de Santerre, t. IV, n° 178 bis. — Aubry et Rau, t. VII, § 711-5° p. 458, note 49.

(2) Furgole : n° 44.

malgré l'opposition de ses comandataires (1). Exiger l'intervention collective des exécuteurs aurait entraîné des difficultés et des lenteurs, il était préférable de considérer leur mandat comme indivisible et de permettre à un seul d'entre eux de représenter les autres : les clauses testamentaires se trouveront ainsi exécutées avec plus de rapidité et d'exactitude.

Il a été jugé en ce sens, qu'au cas de nomination de plusieurs exécuteurs testamentaires, la vente faite par l'un d'eux est valable s'ils ne sont pas obligés par le testateur à agir collectivement (2). Celui-ci est toujours libre, en effet, d'exiger le concours simultané de ses divers comandataires pour l'exécution de ses dernières volontés.

Une dernière question naît de l'article 1033. Quelle est la responsabilité des exécuteurs si le disposant n'a pas divisé leurs attributions ?

L'article 1995 repousse la solidarité entre les comandataires s'il n'y a une convention expresse à cet égard. Mais d'autre part, l'article 1033 établit entre les exécuteurs une responsabilité solidaire.

Faut-il voir dans l'article 1033 une exception apportée à la règle du mandat, ou faut-il rechercher une conciliation entre les deux textes ? C'est à ce dernier parti que nous nous arrêtons et nous suivons en cela l'avis de la majorité des auteurs.

La comparaison de ces dispositions montre

(1) Contrà : Merlin: Répert. Alph. v^o Exec. test. IV.

(2) Bastia, 13 Mars 1873 : Dall. Per. 76, 1, 123.

en effet qu'il est indispensable de faire une distinction entre la responsabilité qui naît des faits relatifs à l'exécution et celle qui résulte de la détention du mobilier.

Bien que certains jurisconsultes(1) aient étendu la responsabilité solidaire même aux actes de gestion des exécuteurs, nous croyons qu'il n'y a pas lieu d'appliquer sur ce point l'art. 1033 et que chacun des mandataires du défunt sera soumis à la règle de l'art. 1995 C. civ.

Mais en ce qui concerne le mobilier nous possédons un texte formel et nous décidons avec lui que les exécuteurs sont tenus solidairement du compte de ce mobilier, à cette condition toutefois que les meubles leur aient été confiés, c'est-à-dire qu'il y ait eu saisine à leur profit.

Remarquons que c'est seulement du « compte » du mobilier que l'exécuteur est responsable et non du mobilier lui-même « sans quoi on arriverait à établir une vraie solidarité entre les exécuteurs » pour leurs fautes réciproques malgré le silence du législateur sur ce point et l'on méconnaîtrait l'art. 1033 lui-même qui ne rend chaque exécuteur responsable que de ses propres faits. (2)

L'exécuteur testamentaire étant chargé d'une mission de confiance et d'amitié, il faut lui refuser le droit de se substituer une autre personne ; il le pourrait cependant si l'autorisation lui avait été expressément donnée par le disposant. (3)

(1) Delvincourt, t. II, p. 55, note 8. — Marcadé sur l'art. 1033, n° 1. — Coin Delisle sur l'art. 1033.

(2) Demolombe, n°s 39-40. — Colmet de Santerre, t. IV, n° 178 bis, IV.

(3) Contrà : Laurent, t. XIV, n° 331.

Toutefois, il ne faut pas aller jusqu'à décider que l'exécuteur doit toujours agir lui-même et qu'il ne peut confier à un fondé de procuration spéciale l'accomplissement de certains actes utiles à l'exécution. L'exécuteur conserve dans ce cas la surveillance de la charge qui lui a été attribuée et son mandataire reçoit seulement de lui une délégation d'action.

La Cour de cassation a résolu cette question dans le sens que nous venons d'indiquer. Elle a jugé que la solution serait encore la même si un second exécuteur avait été nommé à défaut du premier ; dans ce cas le second exécuteur serait mal fondé à réclamer les libéralités faites par le testateur à l'exécuteur testamentaire après que toutes les charges de la succession ont été remplies par le fondé de pouvoir. (1)

(1) Aubry et Rau, t. VII, § 711-2°, p. 449, note 12. — Cass. req, 26 Mai 1829: Dev. C. N. IX, 1298.

CHAPITRE III.

Fonctions des Exécuteurs testamentaires

Avant de rechercher quelles sont ces fonctions, il est utile de faire une distinction entre les exécuteurs testamentaires et de les diviser en deux catégories. Dans l'une, seront compris les exécuteurs à qui la saisine du mobilier a été conférée par le testateur; dans l'autre, ceux à qui elle n'a pas été donnée.

Très sérieuses sont les différences qui séparent ces deux classes d'exécuteurs. En effet, ceux qui ont la saisine acquièrent par celle-ci des prérogatives importantes et des pouvoirs étendus leur permettant d'exécuter véritablement les dispositions testamentaires; les autres, n'ont au contraire qu'une simple mission de contrôle, et ils doivent se borner à surveiller l'accomplissement des volontés dernières du disposant.

Voyons d'abord quels sont les caractères de la saisine dont il est question dans les art. 1026 et 1027 C. Civ., et quels effets elle produit lorsque le testateur l'accorde à son mandataire.

Si nos anciennes coutumes reconnaissaient généralement que l'exécuteur testamentaire jouissait de plein droit de la saisine et présentaient

sur ce point une similitude absolue, elles différaient notablement entre elles au sujet du délai pendant lequel cette saisine pouvait durer et aussi relativement aux biens sur lesquels elle devait porter.

En ce qui concerne le délai, il était le plus souvent d'un an et jour, mais, c'était surtout quant à son point de départ que la législation coutumière offrait quelques variations. Relativement aux valeurs héréditaires qui étaient comprises dans la saisine, nous trouvons dans les coutumes les règles les plus diverses.

Les unes donnaient à l'exécuteur la saisine des meubles, et celle des conquêts (1).

D'autres ne l'accordaient que pour les meubles et seulement jusqu'à concurrence des legs (2).

Parfois l'exécuteur était saisi de tous les biens du défunt, mais l'héritier avait la faculté de lui fournir des deniers suffisants et de rester ainsi en possession de tous les effets de la succession (3).

Enfin, dans certains pays, on décidait que la saisine du mobilier pouvait seule être donnée, mais, par exception, on permettait de l'étendre aux immeubles si la valeur des meubles était insuffisante pour garantir l'exécution du testament ; toutefois, cette extension devait avoir pour limite l'insuffisance même (4).

D'après Pothier (5), « la coutume d'Orléans et

(1) Cout. de Berry, tit. 18, art. 22, — de Bourdonnais, art. 295.

(2) Cout. d'Aunis et de La Rochelle, art. 68, — d'Angoumois, art. 113, — de Blois, art. 117, — du Poitou, art. 271.

(3) Cout. de Meaux, art. 45, — de Melun, art. 251 et s., — de Clermont, art. 90, — de Châlons, art. 74, — de Troyes, art. 99.

(4) Boucheul : Coutumier du Poitou, sur l'art. 271.

(5) Pothier, art. 2 § II.

quelques autres saisissent l'exécuteur non-seulement des meubles, mais même des héritages de la succession,..... à la concurrence de ce qui est nécessaire pour l'exécution du testament ».

La coutume de Paris (art. 297) donnait de plein droit pendant l'an et jour la saisine de tous les meubles héréditaires.

Suivant la décision de nos anciens jurisconsultes qui voulaient en cas de silence, d'incertitude ou de contradiction des coutumes locales, que l'on consultât la coutume de Paris pour rechercher l'interprétation à donner, le législateur de 1804 a permis de conférer à l'exécuteur la saisine sous certaines des conditions prévues par l'art. 297 de cette coutume.

Il l'admet pendant une durée d'an et jour et relativement au mobilier héréditaire; mais il apporte en même temps une notable restriction. Aujourd'hui la saisine n'existe plus de plein droit, il faut qu'elle soit conférée par le testateur et, en cas de silence de celui-ci à ce sujet, l'exécuteur ne peut l'exiger.

En effet, la charge dont est investi l'exécuteur ne peut s'étendre au-delà de la volonté du disposant et il est évident que si ce dernier a toute liberté pour se donner ou non des mandataires spéciaux, il doit avoir de même la possibilité d'apprécier le degré de confiance qu'il peut avoir en eux, de juger s'il est nécessaire de leur faire la remise des biens mobiliers compris dans la succession.

Le caractère de la saisine des exécuteurs autorise également les dispositions restrictives de l'article 1026. Son but est uniquement de faciliter à

l'exécuteur le paiement des legs et de prévenir le détournement du mobilier, elle n'est qu'une simple détention et laisse subsister la saisine légale accordée par la loi aux héritiers naturels et aux légataires universels. « Elle est exclusive de la propriété, ce sont deux choses incompatibles » (1). « Ces exécuteurs ne sont en possession que comme procureurs légaux, dit Pothier, pour exécuter à sa décharge les dispositions testamentaires, de manière que l'héritier est censé continuer de posséder par eux. » (2) On a donc pensé qu'il ne fallait pas prolonger plus qu'il n'était indispensable les délais pendant lesquels l'exécuteur pourra jouir des avantages de cette détention et c'est ainsi que l'on a limité à l'an et jour la durée de la saisine, quand elle lui est accordée. Ce laps de temps sera du reste généralement suffisant pour exécuter le testament, et de plus l'exécuteur véritablement soucieux de remplir sa mission avec exactitude sera ainsi forcé d'agir plus promptement afin de l'avoir terminée dans l'année.

La saisine donne le moyen d'acquitter plus aisément les legs mobiliers laissés par le défunt; nous avons dit qu'elle présente un second avantage en empêchant les détournements et les abus de la part des héritiers.

Il n'y a pas lieu de craindre les mêmes malversations à l'égard des immeubles; pour cette catégorie de biens les fraudes ne peuvent se produire que difficilement et l'hypothèque légale accordée

(1) Marcadé : Sur l'art. 1031, n° 3.

(2) Pothier : Sur l'art. 290 de la Cout. d'Orléans, note 2.

par l'art. 1017 aux légataires sera généralement une garantie suffisante pour eux.

Nous pensons donc qu'en parlant seulement de la saisine du « mobilier », l'art. 1026 a très certainement entendu prohiber pour l'avenir le droit d'étendre la saisine à la portion immobilière de la succession.

Cependant quelques interprètes ont décidé qu'il ne fallait pas donner au texte ce sens limitatif et ils regardent comme valable la clause par laquelle le testateur qui ne laisse pas d'héritiers réservataires, confère à son exécuteur la saisine de ses immeubles. D'après ces auteurs, l'art. 1026 ne s'occupe que du mobilier, mais on ne saurait admettre que le disposant voie ses droits restreints par la loi et ne puisse gratifier dans les termes qu'il lui plait des personnes qu'il est absolument maître de ne pas appeler au partage de ses biens. Puisqu'il exprime le désir de les favoriser, il doit pouvoir imposer toute condition, comme bon lui semble, pourvu qu'il n'y ait aucune atteinte portée à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Or, l'extension de la saisine n'est sous aucun rapport immorale ou illicite (1).

Nous nous rallions à l'opinion de la majorité des auteurs pour suivre la doctrine contraire. Si nous recherchons le sentiment de nos anciens jurisconsultes sur cette question, nous voyons qu'ils repoussaient de même la saisine des immeubles, quand la coutume ne l'autorisait pas expressément (2).

(1) Duranton : t. IX, n° 400. — Vazeille : Sur l'art. 1026, n° 2.

(2) Pothier : Don. Test. art. 2, § 3. — Ricard n° 78.

L'art. 1026 ne nous semble pas moins formel à cet égard, et, si quelque doute subsistait, il suffirait de se reporter aux discussions qui ont accompagné la confection de ce texte pour s'assurer que jamais le législateur n'a eu l'intention de donner à l'exécuteur un droit sur les immeubles héréditaires. En effet, le tribun Jaubert déclarait, dans son rapport au Tribunat sur les articles de notre section, que « ...la saisine... ne peut porter que sur le mobilier... » (1).

Ajoutons que si la volonté du testateur doit être scrupuleusement observée, il n'est pas moins nécessaire que l'intérêt de ses successeurs soit sauvegardé avec soin. Or la saisine légale qui est accordée sur toute la succession aux héritiers légitimes (art. 724 C. Civ.) ou dans certains cas aux légataires universels (art. 1006) subit déjà par l'effet de l'autre saisine des entraves assez importantes pour qu'il ne soit point permis d'appliquer l'art. 1026 dans des cas que le législateur n'a pas prévus. « La lettre de la loi est restrictive et l'esprit l'est aussi » (2).

On objecte que le testateur aurait pu léguer ses immeubles à son exécuteur et que dès lors il doit pouvoir soumettre le droit de ses successeurs à certaines restrictions s'il leur attribue les biens immobiliers. Mais, comme le fait observer très justement Marcadé (3), de ce que le testateur n'a pas disposé d'une façon « normale et régulière » au profit de

(1) Fenet : t. XII, page 610.

(2) Laurent : t. XIV, n° 341.

(3) Marcadé : Sur l'art. 1026, n° 2.

son mandataire alors qu'il avait la liberté de le faire, il faut en conclure qu'il ne peut user de « la mesure exceptionnelle... que dans les limites » de l'art. 1026.

C'est donc comme non écrite qu'il faut considérer la clause par laquelle l'exécuteur testamentaire reçoit la saisine des immeubles (1).

Si le testateur se trouve empêché par la loi de conférer la saisine de ses biens immobiliers, il est au contraire autorisé à la restreindre et à ne la faire porter que sur une partie du mobilier.

Il faut également lui accorder le pouvoir de la limiter quant à sa durée et de ne l'attribuer que pour un laps de temps inférieur à une année.

Est-il vrai de dire que le délai d'an et jour dont parle l'art. 1026 est un terme maximum au-delà duquel l'exécuteur ne peut conserver la détention d'aucun bien, ou est-il plus juste de décider que le législateur n'a donné dans le texte ci-dessus qu'une règle générale à laquelle le disposant peut toujours apporter une modification ?

Les mêmes auteurs qui, dans la question précédente, permettaient au testateur ne laissant pas de réservataires d'étendre à son gré la saisine, reprennent la même argumentation pour l'autoriser à conférer cette saisine pour une durée plus longue que celle qui est déterminée par l'art. 1026. C'est, disent-ils, dans le seul cas où le testament n'aura pas formellement fait connaître pour quel délai elle est confiée que le texte recevra sa véritable application. En dehors de cette hypothèse, le disposant

(1) Aubry et Rau : t. VII, § 711-4^o, p. 453-454, note 30. — Demolombe : n^o 47. — Cass. 20 Mai 1867 : Dail, per. 67.1.200.

jouit d'une liberté absolue et il peut indiquer jusqu'à quelle époque son exécuteur conservera la détention de ses biens mobiliers.

Déjà sur un autre point nous avons combattu toute interprétation extensive de l'art. 1026. Ici encore nous suivrons la disposition expresse du Code et nous dirons que le délai d'an et jour indiqué par la loi doit être respecté par le testateur.

La rédaction de l'art. 1026 ne nous semble du reste prêter à aucun doute. Ce texte concède d'abord au disposant la faculté de donner la saisine, mais immédiatement et comme condition de ce droit qu'il accorde, le législateur ajoute que « cette saisine ne pourra durer plus de l'an et jour. » Enfin nous avons recours aux travaux préparatoires du Code civil pour appuyer notre solution.

L'art. 101 du projet primitif décidait que le testateur.... « pourra leur donner (aux exécuteurs testamentaires) la saisine pendant l'an et jour à compter du décès. » Cette formule paraissait déjà indiquer suffisamment que l'on ne pouvait prolonger la détention au delà du terme fixé ; mais, lorsqu'après la discussion au Conseil d'État, aucune modification n'eût été apportée à cet article, la section de législation du Tribunat proposa que l'on accentuât davantage la prohibition et elle soumit un texte qui est devenu l'art. 1026. « Il faut exprimer, disait le rapport, que la saisine dans aucun cas, ne peut durer au delà de l'an et jour » (1).

La jurisprudence a mis ce principe en application d'une façon absolue. La Cour de Pau a jugé que devait être nulle la clause d'un testament par

(1) Fenet, t. XII, p. 462.

laquelle le disposant, en créant une fondation, charge de l'administration de celle-ci plusieurs exécuteurs testamentaires dont il prolonge indéfiniment la saisine en les investissant du pouvoir de se donner des successeurs au décès les uns des autres. Une telle disposition constitue, en effet, soit une substitution prohibée par la loi (art. 896 C. civ.), soit une libéralité en faveur de personnes incertaines ou d'un être moral incapable de recevoir (art. 906 et 910 C. civ.). L'arrêt ajoute que la nullité dont il s'agit étant d'ordre public ne peut être couverte par un commencement d'exécution (1).

De même, la Cour de cassation a décidé que sans examiner si le testateur peut conférer à un tiers le mandat de gérer et administrer après sa mort les biens légués, et dans quelle mesure il le peut, la clause du testament qui investit de la gestion et de l'administration pour plus d'an et jour et relativement à des immeubles, l'exécuteur lui-même pris en cette qualité, est nulle comme contraire à l'art. 1026 et doit être déclarée non écrite par application de l'art. 900 du même Code (2).

L'art. 1026 doit donc être strictement observé et l'on ne peut admettre avec MM. Grenier (3) et Troplong (4), que le juge a la faculté, en cas d'insuffisance du délai, de le proroger sur la demande des légataires ou de l'exécuteur. Autoriser une telle mesure serait contraire au texte qui semble écarter toute distinction et serait permettre

(1) Pau, 7 Décembre 1861 : S. 62.2.258.

(2) Cass. 20 Mai 1867 : Dall. Per. 67.1.200.

(3) Grenier : t. I. n° 330.

(4) Troplong : t. IV. n° 1999.

à l'arbitraire de se substituer à la disposition formelle que nous possédons. Si l'exécuteur craint qu'après la cessation de la saisine l'exécution souffre des difficultés ou des retards, il conserve toujours le droit de les prévenir en accomplissant certains actes conservatoires.

Le point de départ du délai de saisine est le jour du décès du testateur. Cependant cette règle ne doit pas être interprétée trop rigoureusement ; on admet en général, à l'exemple des jurisconsultes de notre ancien droit, qu'il y a lieu dans certains cas de retarder le moment à partir duquel le laps de temps commencera à courir, car ce que les rédacteurs du Code ont voulu donner à l'exécuteur, c'est ce que Pothier et Ricard appelaient un « temps utile » (1). On peut donc ne faire courir le délai de saisine que du moment où l'exécuteur testamentaire a eu connaissance du testament ou seulement de l'époque où il a pu entrer en fonctions, quand une contestation portant sur la validité du testament ou sur son exécution a retardé la prise de possession du mobilier héréditaire. Comme le fait remarquer M. Demolombe, dans ces hypothèses « la saisine ne dure pas au delà de l'an et jour ; seulement le point de départ du délai est changé, par la nécessité même des choses » (2). On entre ainsi « dans le vœu de la loi comme celui du testateur » (3).

M. Duranton qui, comme nous l'avons vu

(1) Pothier, art. 4. — Ricard n° 74.

(2) Demolombe : n° 50.

(3) Grenier : t. I. n° 330.

plus haut, permet l'extension de la saisine et quant au délai et quant aux biens sur lesquels elle peut porter lorsque le testateur ne laisse pas d'héritiers à réserve, se montre plus sévère dans le cas où le disposant a des successeurs de cette qualité. Il pense qu'en cette occurrence la saisine donnée à l'exécuteur doit être restreinte à la portion du mobilier nécessaire à l'exécution des clauses testamentaires, car on ne peut méconnaître le droit de ces héritiers qui doivent recevoir la réserve libre de toute charge (1).

Nous avons déjà repoussé la doctrine en vertu de laquelle l'art. 1026 pourrait être étendu à l'infini. Nous écartons également la théorie qui tend à restreindre la liberté du testateur sur le point qui nous occupe dans le cas où des réservataires viennent à la succession. Un seul texte nous est offert pour résoudre la question, et la généralité des termes dans lesquels il est conçu ne permet, croyons-nous, aucune distinction. L'art. 1026 est absolu et sa rédaction ne paraît nullement se prêter à l'interprétation proposée par nos adversaires.

M. Colmet de Santerre a du reste très heureusement opposé la règle formelle de l'art. 1026 aux distinctions que l'on trouve dans les art. 1004 et 1006 en matière de legs. Pour cet auteur, l'absence d'explications dans le premier des textes précités prouve que le système de M. Duranton doit être écarté comme étant « contraire au texte de l'art. 1026, à son histoire et à ses motifs » (2).

(1) Duranton, t. IX, n° 401. — Aubry et Rau, t. VII, § 711-4°, p. 453, note 28.

(2) Colmet de Santerre, t. IV, n° 171 bis, V.

En effet, l'art. 1004 décide que c'est aux héritiers réservataires que doit être demandée la délivrance par le légataire universel ; d'autre part, l'art. 1006 donne à ce dernier la saisine de plein droit s'il n'y a point d'héritiers à réserve. L'art. 1026 recherche-t-il dans quelle situation se trouve l'exécuteur testamentaire, s'il existe ou non des réservataires ? En aucune manière, il permet de conférer le saisine à l'exécuteur, mais ne prétend nullement connaître quelle est la qualité des successeurs à qui les biens sont attribués.

Est-il besoin d'ajouter que si l'on admet la théorie de M. Duranton, on se trouvera presque toujours en présence des difficultés les plus grandes. Cet auteur, en effet, tout en limitant la saisine, décide que l'on ne peut fixer d'une façon précise la fraction du mobilier qui y sera soumise. La composition des fortunes varie à l'infini et tandis que certains patrimoines comprennent assez d'immeubles pour assurer la réserve sur ceux-ci, d'autres ne contiennent qu'une faible quantité de biens immobiliers, insuffisante pour composer cette réserve. Ajoutons que l'ancien droit ne connaissait pas la distinction introduite par M. Duranton, car les coutumes qui admettaient la saisine des immeubles pour l'exécuteur testamentaire comprenaient même dans cette saisine les « quatre quintes » des propres, c'est-à-dire l'ensemble des biens formant la réserve coutumière (1), or, il n'est pas inutile de rappeler que les traditions coutumières ont une autorité

(1) Cout. d'Orléans, art. 290 ; — d'Auxerre, art. 232 ; — du Bourbonnais, art. 295.

considérable pour l'interprétation des articles de notre section.

La jurisprudence s'est également prononcée en faveur de la théorie à laquelle nous nous sommes rallié. Elle a décidé que le testateur peut donner à son exécuteur testamentaire la saisine de tout son mobilier dans le cas même où il existe des héritiers à réserve. Ceux-ci n'ont pas le droit de demander la nomination d'un administrateur provisoire de la succession. (1)

L'art. 1026 permet d'accorder la saisine de tout ou partie du « mobilier ». Dans quel sens faut-il prendre cette expression ?

D'après Furgole (2), qui lui-même rapporte l'opinion de Bacquet (3) sont considérés comme meubles « les deniers comptants, la vaisselle d'argent, les ustensiles d'hôtel, les habits, linges, hardes et bijoux, les dettes actives, les arrérages de rentes, louages de maison, moissons de grains dues et échues au jour du décès du testateur. »

Il résulte de cette énumération que le mot « mobilier » doit être entendu dans son acception la plus large. Seront donc, relativement à la saisine, traitées comme biens mobiliers, toutes les valeurs qui ne sont pas immeubles d'après les termes de la loi. L'art. 1026 a été puisé dans les coutumes, ce sont ces coutumes qu'il faut interroger en cas de doute.

La question de savoir si les fruits et revenus des immeubles échus depuis la mort du testateur

(1) Paris, 18 Décembre 1871 : Dall. Pér. 73. 2. 15.

(2) Furgole, n° 40.

(3) Bacquet, ch. III, n° 3.

font partie des biens sur lesquels porte la saisine avait été déjà posée dans l'ancien droit et avait été en général résolue négativement par les auteurs. Les exécuteurs, disait-on, ne sont pas saisis des immeubles et partant ils ne peuvent en prendre les fruits et revenus pendant l'année. On opposait, il est vrai, de fréquentes décisions du Châtelet en sens contraire, mais Ferrière et d'autres commentateurs pensaient qu'elles n'avaient rapport qu'à « des fruits échus et non à ceux qui étaient à échoir pendant l'année ». (1)

La théorie admise autrefois a rencontré certains adversaires parmi les jurisconsultes modernes. Quelques-uns estiment que ne pas étendre la saisine à ces valeurs serait aller contre l'intention du disposant qui a voulu attribuer à son exécuteur une détention « cum omni causa ». M. Delvincourt, qui partage cet avis, le justifie ainsi. Il suppose que l'un des immeubles héréditaires est loué, l'action en vertu de laquelle le prix du bail est perçu est mobilière, elle doit donc être comprise dans la saisine. On ne peut, dit-il, raisonner différemment si les biens immobiliers sont restés pour la pleine propriété entre les mains du testateur et si celui-ci « exploite lui-même » (2).

Avec la plupart des auteurs les plus autorisés, nous nous en tiendrons à la solution contraire. L'unanimité des anciens commentateurs à se prononcer en ce sens et à repousser

(1) Ferrière : Comment. de la Cout. de Paris, sur l'art. 297, IV. — Ricard n° 77. — Bacquet, ch. III, n° 3.

(2) Delvincourt, t. II, p. 95, note 5. — Toullier, t. V, n° 587. — Duranton, t. IX, n° 412. — Troplong, t. IV, n° 2053.

les arrêts de la jurisprudence nous semble être une garantie en faveur de l'opinion vers laquelle nous sommes porté. De plus, nous pouvons puiser dans notre Code civil un argument qui paraît bien la confirmer. Les articles 520 et 547 décident, en effet, que « les récoltes pendantes par les racines et les fruits des arbres non encore recueillis sont... immeubles », et que « les fruits naturels ou industriels, les fruits civils... appartiennent au propriétaire par droit d'accession ». Or, on ne peut apercevoir comment des biens classés par la loi elle-même parmi les immeubles à la mort du testateur pourraient être compris dans la saisine alors que celle-ci ne doit s'étendre que sur le mobilier. « Ce serait d'ailleurs revenir sous une autre forme à la saisine des immeubles » (1).

Pour que les exécuteurs testamentaires soient investis de la saisine du mobilier, il faut qu'elle leur soit « donnée » par le disposant, sinon « ils ne pourront l'exiger ». Le législateur ne spécifiant pas suivant quel mode elle doit être conférée et n'exigeant aucune forme sacramentelle, il en résulte qu'il suffira de rechercher, d'après les termes du testament, quelle a été l'intention du testateur à cet égard. Il n'est donc pas indispensable que l'acte de dernière volonté renferme une clause formelle, pourvu que les attributions données à l'exécuteur testa-

(1) Colmet de Santerre : t. IV, n° 171 bis II. — Aubry et Rau : t. VII, § 711-4^e. p. 455, note 36. — Demolombe : n° 53. — Laurent : t. XIV, n° 349.

mentaire constituent tous les effets de la saisine (1).

L'exécuteur saisi a la détention des objets mobiliers de la succession; comment acquiert-il cette détention?

De plein droit, si le testament est fait par acte public, car les actes authentiques ont par eux-mêmes force exécutoire. Mais si le testament est olographe ou mystique, faut-il appliquer l'art. 1008 C. civ. et dire que l'exécuteur testamentaire devra s'adresser au président du tribunal pour obtenir la délivrance? Nous ne croyons pas qu'il puisse recourir à ce moyen que le président pourrait d'ailleurs rejeter, la loi ne lui enjoignant d'intervenir qu'en matière de legs. A notre avis, il faut que les successeurs saisis légalement fassent, à l'amiable, la remise du mobilier à l'exécuteur, sinon celui-ci pourra les assigner et faire reconnaître par les tribunaux les droits que le testament lui confère.

Les exécuteurs testamentaires « sont plutôt constitués sequestres que véritables possesseurs » (2), mais la saisine, qui donne à leur mission une plus grande importance, laisse subsister celle que la loi réglemeute dans les art. 724 et 1006.

La jurisprudence a reconnu cette existence simultanée des deux saisines et elle en a tiré une conséquence intéressante. Considérant que les exécuteurs testamentaires et les héritiers

(1) Bruxelles, 8 Novembre 1842. Dall. Alph. : n° 4057. — Pau, 13 Janvier 1890, D. P. 91.2.51.

(2) Colmet de Santerre : t. IV, n° 171.

peuvent avoir également besoin des papiers de la succession et que les uns ne peuvent en être privés au détriment des autres, les héritiers peuvent demander que, pendant la durée de l'exécution testamentaire lesdits papiers soient consignés dans un dépôt public où les divers intéressés pourront les consulter (1).

L'exécuteur saisi peut recevoir les capitaux et les objets mobiliers dus à la succession et en donner quittance valable (2).

Il faut aussi lui permettre de poursuivre les débiteurs de la succession (bien que la Cour de Bruxelles lui ait refusé ce droit) (3), car il y a là une « conséquence nécessaire de la saisine ». Les anciens auteurs se prononçaient déjà en ce sens et aucun texte n'est venu déroger aux principes coutumiers sur ce point (4).

Toutefois l'exécuteur doit, en cas de contestation de la part du débiteur, mettre en cause l'héritier pour éviter que celui-ci puisse méconnaître le jugement à intervenir (art. 1351), ou qu'il y porte atteinte par tierce opposition.

Nous reviendrons ultérieurement sur la question de la responsabilité de l'exécuteur testamentaire en matière de recouvrement de créances. Nous rappellerons seulement dès à présent un arrêt décidant que s'il rentre dans les pouvoirs d'administration de l'exécuteur de recouvrer les créances de la succession, on ne saurait cependant, pour ce seul

(1) Bruxelles, 26 Février 1818 : Dev. Coll. Nouv. V. 2. 338.

(2) Coin-Delisle : Sur l'art. 1031, n° 5. — Troplong : t. IV., n° 2002.

(3) Bruxelles, 3 Janvier 1824 : Dall. Alph., n° 4092.

(4) Demolombe, n° 56. — Furgole, n° 44. — Pothier, art. II § 4.

motif, l'obliger à intenter des procès qui s'étendraient au delà de la durée de ses fonctions (1).

La saisine est un moyen donné à l'exécuteur pour lui faciliter la réalisation des clauses testamentaires ; elle ne doit donc pas durer plus qu'il n'est nécessaire et cesse de plein droit dès que la volonté du défunt est accomplie, alors même que le délai pour lequel elle est accordée n'est pas entièrement écoulé.

Aussi le législateur a permis aux héritiers et légataires de se soustraire à toute entrave, soit en offrant à l'exécuteur les sommes suffisantes pour le paiement des legs, soit en justifiant de l'acquittement de ces mêmes libéralités (art. 1027 C. civ.). La plupart de nos anciennes coutumes accordaient aux héritiers les mêmes facilités pour amener plus promptement la cessation de la saisine. Quelques-unes citaient encore la présentation d'une caution sérieuse (2).

Le Code civil n'a indiqué que les deux premiers modes, il garde le silence relativement à la caution, nous ne croyons donc pas qu'elle puisse être considérée comme suffisante pour amener l'extinction de la saisine.

Quant à l'offre dont parle l'art. 1027, c'est évidemment une offre réelle et non une offre simplement verbale, car il faut toujours qu'elle soit équivalente au paiement des legs (3).

Après avoir examiné les principales questions qui ont trait à la saisine des exécuteurs testamen-

(1) Agen, 17 Avril 1807 : Dev. Coll. Nouv. II. 2. 228.

(2) Coutumes de Meaux, Melun, etc. ; V. aussi Boutillier : Somme rural ch. CIII, p. 603.

(3) Baudry, t. II, n° 599.

taires, nous arrivons à l'étude de l'art. 1031, dans lequel sont résumées les règles générales sur les fonctions et les pouvoirs de ces mandataires.

Comme nous l'avons annoncé déjà, nous diviserons ce chapitre en deux sections : l'une consacrée aux exécuteurs qui ont reçu la saisine, l'autre à ceux qui n'en jouissent pas.

SECTION I.

Des fonctions de l'exécuteur testamentaire auquel le testateur a donné la saisine de son mobilier.

C'est dans l'art. 1031 que sont indiquées ces fonctions. Dans ce texte, les rédacteurs du Code n'ont pas nettement réparti en deux catégories distinctes les exécuteurs saisis et ceux qui ne le sont pas ; cependant si on en examine les termes, il est permis de dire que le législateur y a consacré implicitement la division que nous proposons.

En effet, certaines expressions spéciales employées par la loi, telles que l'obligation qu'elle impose aux exécuteurs de « rendre compte de leur gestion », ne peuvent s'appliquer qu'aux exécuteurs saisis puisque seuls ils ont le maniement des deniers héréditaires. Quant aux autres, il ne peut être question de les soumettre à la même charge puisqu'ils veillent seulement à l'exécution du testament et qu'ils restent étrangers à toute gestion des fonds de la succession.

Nous étudierons dans quatre paragraphes les fonctions de l'exécuteur testamentaire qui jouit de

la saisine. Dans un cinquième et dernier paragraphe, nous nous demanderons si les articles 1025 à 1034 sont limitatifs ou si au contraire, leurs termes autorisent le disposant à étendre comme il le veut le mandat de son représentant.

§. I. — Mesures conservatoires

Bien que le législateur ait eu surtout en vue la parfaite exécution des volontés dernières du déposant, il a néanmoins fait en sorte de conserver à ceux qui doivent recueillir le patrimoine les garanties suffisantes pour sauvegarder leurs droits. C'est pour ce motif que l'exécuteur testamentaire est tenu de prendre, dès son entrée en fonctions, certaines mesures conservatoires. La loi lui impose de « faire apposer les scellés » et de « faire procéder à l'inventaire des biens de la succession » (art. 1031, alin. 1 et 2).

1° Apposition des scellés. L'art. 1031 se borne à dire que « les exécuteurs testamentaires feront apposer les scellés s'il y a des héritiers mineurs, interdits ou absents », aussi des interprétations bien différentes ont été proposées au sujet de cette disposition.

D'après une première opinion, soutenue par M. Pigeau (1), l'exécuteur est établi non pas dans l'intérêt des héritiers, mais en faveur des légataires, et il faut décider que les art. 910 et 911 C. de Proc. civ. ont eu pour effet d'abroger l'art. 1031,

(1) Pigeau : La procédure civile des tribunaux de France (4^e édition) t. II, p. 614-615.

alin. 1. Dès lors, voici comment la question de l'apposition des scellés devrait être résolue aujourd'hui.

Si les héritiers mineurs ou interdits sont soumis à un régime de protection, l'exécuteur sera obligé de laisser agir leur tuteur sans pouvoir le remplacer. Il n'y a pas de raison, dit-on, d'exiger de l'exécuteur l'accomplissement d'actes conservatoires dont le ministère public et le juge de paix sont eux-mêmes déchargés. Si l'héritier est absent, il n'est pas davantage permis au mandataire d'intervenir en vue de protéger les intérêts de cet héritier, car il empiéterait sur la mission de surveillance spécialement confiée au ministère public ou au juge de paix relativement aux absents (art. 911, alin. 2. C. Proc. civ.). L'exécuteur ne peut donc jamais requérir l'apposition des scellés en faveur des héritiers mineurs, interdits ou absents; il a au contraire ce droit lorsque les légataires restent dans l'inaction.

Pour appuyer sa théorie, M. Pigeau invoque « les motifs exposés par les orateurs du Gouvernement en présentant le titre des Donations et des Testaments » et l'autorité de l'ancien droit. Il en conclut que comme « autrefois il était de droit commun que l'exécuteur testamentaire ne pût faire apposer le scellé pour l'héritier, on n'a pas entendu lui donner cette fonction et il ne peut l'exercer que pour les légataires ».

Cependant l'auteur décide que dans certains cas l'exécuteur ne pourrait même agir pour cette dernière classe de personnes. Ainsi :

1° Les art. 910 et 911 C. Proc. civ. doivent être observés quand le légataire a un tuteur.

2° De même pas d'intervention possible si les légataires sont présents, majeurs et non interdits.

3° Même solution si l'on emploie un des deux moyens autorisés par l'art. 1027 C. Civ. pour faire cesser la saisine.

Suivant M. Troplong (1), « ce raisonnement de M. Pigeau pêche par sa base ». Il ne faut pas oublier que si l'exécuteur testamentaire a été établi en faveur des légataires, il n'a pas moins été nommé (et il l'a été surtout) pour assurer l'exécution fidèle et exacte des clauses testamentaires. Dans ce but, le législateur a cru bon de multiplier les mesures favorables à l'accomplissement des volontés du défunt et, loin d'abroger l'art. 1031, alin. 1^{er} par les art. 910 et 911 C. Proc. Civ., il a voulu au contraire prendre un surcroît de précautions en édictant de nouvelles mesures.

Rien en effet, ajoute l'auteur de ce second système, ne peut permettre de déduire que par suite de l'impossibilité d'agir pour le ministère public s'il y a un tuteur, l'exécuteur soit également privé du droit de requérir les scellés. Il est nécessaire de lui laisser prendre l'initiative dans le cas où le tuteur ne le pourrait ou ne le voudrait, et cela, même s'il y a offre de consignation (art. 1027 C. Civ.), car alors l'exécuteur, bien que privé de la saisine, conserve néanmoins la charge de veiller à l'exécution du testament.

Dans les deux doctrines que nous venons d'exposer sommairement, il n'a point été question de

(1) Troplong : t. IV, nos 2020 et 2021.

rechercher si l'exécuteur avait été ou non investi de la saisine.

M. Marcadé (1) fait cette distinction et voit dans l'art. 1031, al. 1, une mesure de protection créée en faveur des héritiers incapables contre les actes de l'exécuteur saisi et non pas en faveur des héritiers incapables contre les agissements de leurs cohéritiers capables ou non (car c'est pour les légataires que l'exécuteur est nommé). Les exécuteurs qui ont la saisine ont seuls la disposition du mobilier, c'est contre leurs actes qu'il était utile de se prémunir avec plus de soin et l'art. 1031 a seulement pour objet de prévenir les détournements en défendant à l'exécuteur d'entrer en possession du mobilier avant que l'incapable soit pourvu d'un représentant légal.

Que faut-il penser de ces divers systèmes ?

Nous croyons que les art. 910 et 911 C. de Proc. Civ. n'ont pas eu pour effet d'abroger l'art. 1031, al. 1, C. Civ., mais qu'ils y ont apporté une modification nécessaire.

Quant à une abrogation, on ne peut en trouver la trace dans les articles précités. L'art. 910 est en effet conçu en termes purement facultatifs et si l'art. 911 contient des expressions impératives, celles-ci, comme le fait remarquer Berriat Saint-Prix, « ne renferment pas une prohibition et ne produisent pas non plus une exclusion » (2).

L'amélioration consacrée par le Code de Procédure nous paraît au contraire évidente. Comment avait été traitée la question des scellés dans le

(1) Marcadé : Sur l'art. 1031, n° 1,

(2) T. II, p. 689, note 5. — Carré et Chauveau : t. VI, quest. 3063.

Code Civil, en matière de succession ? D'une façon très brève, puisque les art. 819 et 1031 s'occupaient seuls de cette mesure. Il nous est dès lors permis de supposer que cette lacune devait, dans l'intention du législateur de 1804, être comblée lors de la promulgation des lois de Procédure, la réglementation des actes conservatoires appartenant plutôt à cette branche du droit.

On admet donc généralement que le titre du Code de 1806 consacré aux scellés n'est que le complément indispensable des règles trop sommairement posées par les rédacteurs du Code Civil et, qu'étant postérieur en date, il doit être appliqué de préférence dans toutes les hypothèses où il apporte quelque changement aux dispositions en vigueur avant sa promulgation. C'est pour ce motif que l'on déclare que les art. 910 et 911 C. Proc. Civ. ont eu une influence certaine sur l'art. 819 C. Civ. ; or, on ne peut croire que ces mêmes textes n'auraient eu aucune portée sur l'art. 1031 qui n'est en réalité qu'une reproduction de l'art. 819.

De la conciliation de ces différents articles, il faut conclure que « l'exécuteur testamentaire ne pourra requérir l'apposition des scellés dans l'intérêt d'héritiers mineurs ou interdits que s'ils ne sont pas pourvus de tuteurs » (1).

Il ne semble pas, d'ailleurs, que l'art. 1031 se soit préoccupé des légataires à ce sujet. La distinction qu'il établit serait inutile à cette classe de successeurs pour qui les scellés seront toujours nécessaires, quelle que soit la situation

(1) Boitard et Colmet-Daage n° 1132. — Colmet de Santerre, t. IV n° 176 bis II.

des héritiers, que ceux-ci soient majeurs ou mineurs, maîtres de leurs droits ou interdits, présents ou absents. De plus, la protection de la loi à l'égard des légataires serait toujours pleinement suffisante, même sans le texte dont il s'agit, puisqu'en vertu de l'art. 910 Proc. civ. ils conservent le droit de requérir directement l'apposition des scellés aussi bien dans le cas où l'exécuteur a la saisine que dans le cas où elle ne lui a pas été donnée. Pour nous, le mandataire du défunt peut agir dans l'intérêt des héritiers sans qu'il y ait à rechercher s'il est ou non en possession du mobilier héréditaire, car les mesures conservatoires ont pour effet de garantir les divers ayants-droit contre des détournements et des abus également possibles lorsque l'exécuteur jouit de la saisine et lorsqu'il ne la possède pas (1).

Lorsque l'exécuteur testamentaire se trouvera en présence d'héritiers qui tous seront capables et présents, le droit de requérir les scellés subsistera pour lui. Il agira dans ce cas comme protecteur des légataires et comme mandataire du défunt, chargé par ce dernier « d'exécuter le testament ».

2° *Inventaire* : d'après l'art. 1031, aliéna 2, « les exécuteurs testamentaires feront faire, en présence de l'héritier présomptif ou lui dûment appelé, l'inventaire des biens de la succession ». Des termes de la loi, « feront faire », il ne faut pas conclure que l'exécuteur testamentaire seul

(1) Contrà : Marcadé sur l'art. 1031 ; n° 1.

a le droit de remplir cette formalité, l'héritier pourra toujours y procéder également (1).

M. Demolombe pense que, malgré les expressions employées dans le texte, l'inventaire ne doit porter que sur le mobilier, car c'est seulement de cette partie du patrimoine que l'exécuteur est responsable lorsqu'il a la saisine (2). Cependant nous osons penser que les mots « biens de la succession » ont trait à la fois aux meubles et aux immeubles et que la division de l'hérédité en deux portions (dont l'une serait soumise à l'inventaire, tandis que l'autre y serait soustraite) doit être considérée comme contraire à la pensée des rédacteurs du Code. Ceux-ci n'ont-ils pas du reste, avec une intention assez évidente, usé de l'expression « mobilier » dans le paragraphe suivant du même article pour prouver que le mot « biens » devait recevoir une interprétation large dans le deuxième alinéa de l'art. 1031.

Les héritiers sont intéressés à ce que la consistance des valeurs héréditaires soit établie, afin de n'avoir aucune crainte au sujet des malversations dont l'exécuteur testamentaire pourrait se rendre coupable. Celui-ci n'aura pas moins le désir, pour éviter toute poursuite après la cessation de ses fonctions, de faire reconnaître officiellement la nature et l'importance des biens laissés par le défunt. C'est donc pour servir les deux parties que le législateur a exigé qu'un inventaire fût confec-

(1) Bruxelles, 9 Août 1808 : Dev. Coll. Nouv. II. 2. 425.

(2) Demolombe, n° 62.

tionné et qu'il a voulu que l'héritier assistât à cette formalité ou au moins y fût dûment appelé.

La question de savoir si le disposant peut dispenser son exécuteur de faire inventaire a été dans notre droit coutumier, et est encore dans notre droit actuel, l'objet d'un vif débat.

Parmi nos anciens auteurs, Pothier invoque l'avis de Bacquet pour repousser le droit de décharger l'exécuteur de l'inventaire, car, pensent ces jurisconsultes, « l'exécuteur tenant de la loi la saisine des biens de la succession.... il ne peut l'avoir que sous les conditions sous lesquelles la loi la lui accorde (1) ». Il faut même dire qu'une exemption de cette nature « serait contre l'honnêteté et la bienséance (2) », Ricard admet au contraire la validité de la clause (3), car, l'exécuteur pouvant recevoir en pleine propriété les biens dont il a seulement la détention, il y a pour lui un avantage bien moins considérable à être déchargé d'une mesure simplement conservatoire. Furgole (4), tout en adoptant la même solution, en restreint l'application, au cas où il n'existe pas de dettes passives dans la succession.

Les rédacteurs du Code ne s'étant pas prononcés sur notre question, les commentateurs modernes sont encore partagés. Ceux qui adoptent la possibilité d'étendre la durée de la saisine au delà de l'an et jour et qui reconnaissent le

(1) Bacquet : n° 17. — Pothier : Don. Test. art. III, § 1.

(2) Pothier : Sur l'article 291 de la Cout. d'Orléans, note 6.

(3) Ricard : nos 87 et 88.

(4) Furgole, n° 27.

droit de la conférer même sur les immeubles, en soutenant que la faculté de disposer des biens au profit de l'exécuteur renferme implicitement celle d'étendre ses pouvoirs, ont encore recours à l'adage « qui peut le plus peut le moins » pour valider la disposition libérant de l'obligation de faire inventaire. Ils considèrent en outre que le disposant, en remettant à son mandataire une charge de confiance, a dû prévoir toutes les conséquences de son choix et a voulu s'en rapporter complètement à sa bonne foi pour l'accomplissement des clauses du testament. Cependant, ces mêmes auteurs, partisans de la validité de la dispense, se divisent à l'infini sur l'application du principe.

Certains d'entre eux jugent que la décharge de l'inventaire cesse d'être efficace s'il existe des héritiers réservataires ou si l'exécuteur est incapable de recevoir. En effet, dans la première de ces hypothèses « il deviendrait impossible de connaître si les legs sont excessifs » et, dans la seconde, il y aurait lieu de craindre que le mandataire reçoive par des détours des libéralités que la loi lui défend de recueillir directement. Dans tout autre cas, il faudrait valider la dispense parce que l'exécuteur ne tenant la saisine que du testateur, celui-ci peut la lui accorder dans la mesure qu'il lui plaît. La loi ayant gardé le silence sur le point qui nous arrête, on peut donc permettre à l'interprète de faire cette distinction et de suppléer à l'absence de texte (1).

D'autres admettent que l'exécuteur peut tou-

(1) Toullier : t. V, n° 604. — Duranton, t. IX, n° 406.

jours être déchargé de l'inventaire, mais les héritiers ou les légataires ont le droit de remplir cette formalité à leurs frais, car c'est par ce moyen seulement qu'ils pourront connaître l'importance des libéralités qu'ils sont appelés à recueillir. Serait même considérée comme non avenue, la clause leur prohibant de faire cet inventaire à leurs frais, même si les héritiers ne sont pas réservataires et si l'exécuteur a la capacité de recevoir; les héritiers et légataires ne peuvent en effet être exposés, de la part du représentant du défunt, à des abus sur un patrimoine qui est en réalité le leur. De plus, « si la dispense devait avoir cet effet (d'empêcher les successeurs d'agir à leurs frais) les héritiers pourraient être indirectement privés de la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire, ce qui est inadmissible (1) ».

Enfin, on a soutenu que le testateur peut imposer à ceux qu'il veut gratifier de ne pas faire un inventaire, même à leurs frais, mais la clause ne peut valoir que s'il n'y a pas d'héritiers à réserve, si l'exécuteur est capable de recevoir, et si le disposant n'a pas laissé de dettes. Ces restrictions sont fondées sur la crainte des libéralités indirectes et sur le désir d'assurer l'intégralité des biens qui constituent la réserve (2).

Pour nous, c'est sans aucune distinction que nous refusons au testateur le droit de décharger de l'obligation de faire inventaire et c'est dans

(1) Aubry et Rau, t. VII § 711 - 3^o p. 431, note 18. — Colmet de Santerre, t. IV, n^o 176 bis X. — Coin-Delisle, sur l'art. 1031, n^o 3.

(2) Merlin. Rep. Alph. V^o Exec. Test. IV.

tous les cas que nous considérons comme non écrite la clause qui dispense de cette formalité, alors même que la mission de l'exécuteur serait de nature à rendre cet inventaire inutile.

D'après l'art. 1031 *in fine*, l'exécuteur testamentaire est en effet tenu de rendre compte de sa gestion lorsqu'elle est terminée : mais comment concilier ce devoir avec la dispense de faire inventaire ? N'est-ce pas ce dernier acte qui servira de base à cette reddition de compte et ne sera-t-il pas indispensable au moment où des évaluations et des restitutions devront être faites ?

On oppose le principe « Qui peut le plus peut le moins » pour soutenir que le disposant pouvant léguer son mobilier à son mandataire doit avoir a fortiori le droit de le décharger de l'inventaire. Mais cette maxime est loin de pouvoir être toujours appliquée et il est bon de faire observer que, même en l'admettant dans le cas présent, elle ne serait vraie que partiellement puisque, d'après l'opinion à laquelle nous nous sommes rallié, l'inventaire doit s'étendre à tous les biens héréditaires, aux meubles comme aux immeubles.

D'ailleurs une telle dispense serait en elle-même un legs illimité selon les dispositions ou la bonne foi de l'exécuteur testamentaire et elle présenterait de très sérieuses difficultés dans les cas où il pourrait être nécessaire de réduire proportionnellement les legs. Enfin, la diversité des opinions au sujet des cas d'application de la théorie contraire montre combien sont arbi-

traies les distinctions qui ont été proposées et combien il serait dangereux de s'écarter de l'opinion émise par nos anciens jurisconsultes eux-mêmes (1).

Bien que l'art. 1031 n'édicte aucune sanction contre l'exécuteur testamentaire qui aurait pris possession du mobilier sans en avoir fait inventaire et malgré l'opposition de l'héritier, il faut décider que la preuve par commune renommée sera donnée à cet héritier pour établir la consistance des biens dont l'exécuteur s'est emparé : on applique alors par analogie les art. 1415 et 1442 C. civ. (2).

Dans l'ancienne jurisprudence, l'exécuteur avait seul le droit de choisir parmi les officiers ministériels ceux qui interviendraient pour les actes d'inventaire, d'estimation, de vente, etc. On a proposé (3) de suivre encore aujourd'hui cette même doctrine pour le motif déjà avancé autrefois que l'obligation de confectionner l'inventaire étant imposée à l'exécuteur, c'est à celui-ci que doivent être donnés forcément les moyens de remplir cette formalité et le choix des personnes qu'il juge les plus dignes. Cette solution, dit-on, ne cause aucun préjudice aux héritiers qui conservent la faculté de désigner des représentants chargés d'assister en leur nom à la confection de l'inventaire.

La Cour de Paris a jugé en ce sens que si l'art. 1031 donne aux exécuteurs testamentaires

(1) Vazeille, sur l'art. 1031, n° 14. — Demolombe, n° 63

(2) En ce sens, Furgole, n° 27.

(3) Toullier, t. V, n° 584.

le choix des officiers ministériels appelés à procéder à l'inventaire, il ne contient aucune disposition exclusive du droit pour les héritiers d'adjoindre les officiers désignés par eux à ceux que l'exécuteur a choisis (1).

Quelques auteurs exceptent toutefois le cas où le testateur laisse des héritiers réservataires : c'est alors à ceux-ci seulement qu'appartient la nomination (2).

Nous pensons que depuis la promulgation du Code de Procédure Civile, il n'y a plus lieu de discuter sur ce point. Nous trouvons en effet dans l'art. 935 de ce Code, un texte qui, à notre avis, doit lever tous les doutes et qui complète la règle de l'art. 1031 C. Civ. Le président du tribunal reçoit la mission d'indiquer lesquels d'entre les officiers publics devront agir dans le cas où les héritiers et l'exécuteur ne peuvent se mettre d'accord. Cette solution est évidemment équitable puisque tous sont investis du droit de requérir la confection de l'inventaire (3).

En l'absence des réservataires, le disposant peut en toute liberté confier à son exécuteur le soin de nommer le notaire qui procèdera à l'inventaire (4). Des héritiers non légitimaires ne peuvent opposer l'art. 935 Proc. Civ. à cette volonté du testateur pour concourir au choix de cet officier public, surtout si les légataires universels, qui seraient

(1) Paris, 6 Février 1806 : Dev. Coll. Nouv., VI. 2. 112.

(2) Duranton, t. IX, n° 405. — Aubry et Rau, t. VII, § 711 - 3° p. 451 note 19.

(3) Demolombe, n° 64. — Coin-Delisle, sur l'art. 1031, n° 1. — Rouen, 21 Janvier 1879 : S. 79. 2. 101.

(4) Gand, 8 Février 1838 : D. Alph., n° 429.

seuls légitimes contradicteurs de l'exécuteur, se sont joints à lui (1).

L'art. 1031 n'impose que deux mesures conservatoires à celui qui est chargé d'exécuter le testament. Ce serait cependant aller contre la pensée même du législateur que de réduire les droits du mandataire au scellé et à l'inventaire. Il faut dire que toutes les autres formalités destinées à sauvegarder les biens composant la succession et les droits des intéressés seront utilement remplies par lui. Il peut donc :

1°) Si la succession est vacante, requérir la nomination d'un curateur et faire ordonner contradictoirement avec ce dernier la délivrance des legs et leur acquittement (2).

2°) S'appuyer sur les art. 1017 et 2011 C. Civ. pour prendre, en cas d'insuffisance du mobilier, inscription sur les immeubles héréditaires afin d'assurer le paiement des legs (3).

3°) Faire, dès le décès du testateur, tous les actes conservatoires utiles relativement à une exécution testamentaire dont l'ouverture est différée jusqu'à la mort d'un tiers légataire universel en usufruit et actuellement vivant. En particulier, l'exécuteur peut exiger de cet usufruitier la caution que doivent fournir ceux qui jouissent d'un usufruit (art. 611 C. Civ.) (4).

(1) Gand, 8 Février 1838. Loc. cit.

(2) Toullier, t. V, n° 590.

(3) Duranton, t. IX, n° 417. — Aubry et Rau, t. VII, § 711 - 3° p. 452.

(4) Orléans, 19 Juin 1884 : Le droit, 10 août 1884.

§ II. — Acquittement des legs mobiliers et vente dans ce but s'il y a lieu des meubles de la succession.

Le but principal que se propose le testateur en choisissant un exécuteur testamentaire est d'assurer la réalisation de ses dernières volontés. Au nombre de celles-ci, le paiement des legs mobiliers à certaines personnes déterminées occupe le premier rang et c'est sous ce rapport que le mandat de l'exécuteur présente sa plus grande utilité. En effet, la présence de l'exécuteur rendra plus difficile de la part des successeurs des retards ou des entraves dans l'acquittement des charges qui grèvent le patrimoine du défunt; elle empêchera qu'un héritier ou un légataire universel frustré soit en totalité, soit en partie par des libéralités diverses cherche à s'opposer à l'exécution des clauses testamentaires.

Mais, en même temps qu'il vient assurer l'accomplissement des dispositions du testament, le législateur veut aussi protéger les héritiers et légataires qui sont en réalité les débiteurs de ces libéralités. C'est pour ce motif que l'exécuteur ne peut payer aucun legs sans avoir obtenu au préalable, soit à l'amiable, soit en justice, le consentement des successeurs universels du défunt. De cette façon, sa responsabilité se trouvera couverte et aucun reproche ne pourra lui être adressé en cas d'erreur. De leur côté, les parties intéressées seront ainsi appelées à vérifier si les réclamations de ceux qui se prétendent légataires sont justes et fondées (1).

(1) Ricard, n° 79. — Furgole, n° 47. — Merlin, V° Exec. Test. IV.

On déduit de là cette conséquence que l'exécuteur devrait faire intervenir l'héritier au procès intenté contre lui par un légataire. La Cour de Bruxelles ajoute même que les contestations élevées entre un donataire entre-vifs et un exécuteur testamentaire, soit sur la validité de la donation, soit sur le titre d'exécuteur testamentaire, concernant essentiellement les héritiers légitimes, ne peuvent être jugées sans que ces derniers aient été mis en cause (1).

Il résulte également de ce principe que le jugement rendu en faveur d'un légataire contre l'exécuteur ne peut nuire aux héritiers et légataires et ne peut leur être opposé s'ils n'ont été appelés à l'instance : on suit ici la règle de l'art. 1351 C. civ.

Cependant, nous trouvons dans la jurisprudence une décision qui, au premier abord, semble contraire à cette dernière solution ; toutefois, en examinant cet arrêt avec soin, on peut constater qu'il ne la combat en aucune manière.

La Cour de Cassation décide que l'arrêt rendu contre un exécuteur testamentaire doit profiter aux héritiers et légataires bien qu'ils n'aient point été mis en cause ; que par suite un héritier qui a exécuté communément avec l'exécuteur le jugement déboutant celui-ci d'une demande en annulation du testament pour cause de démence du testateur, ne pourra plus émettre la même prétention au regard d'un autre légataire (2). Mais il faut observer que, dans cette espèce, l'héritier en agissant de concert avec le mandataire du défunt avait acquiescé implicite-

(1) Bruxelles, 2 Pluviose an XIII : Dall. Alph., n° 4078.

(2) Cass. 5 Décembre 1831 : S. 32. 1. 360.

ment au jugement qui avait été rendu contre lui et était par suite non recevable à opposer le défaut de mise en cause.

En sens contraire, nous estimons que la décision judiciaire rendue contre un légataire au profit de l'exécuteur peut être invoquée par les héritiers même s'ils n'ont pas été appelés au procès. On ne peut objecter l'incompatibilité de cette décision avec la précédente, car ici, en acceptant de plaider avec l'exécuteur seul, le légataire est présumé avoir considéré ce dernier comme mandataire de cet héritier.

Nos anciens auteurs se demandaient à partir de quelle époque courent les intérêts au profit du légataire particulier qui a assigné soit l'héritier ou le légataire universel seul, soit l'exécuteur testamentaire seul ; est-ce du jour de la demande ou du moment où l'exécuteur met en cause les héritiers et légataires ?

C'est sans hésitation que Pothier se déclare partisan de la première de ces solutions, parce que « la demande met l'héritier en demeure par l'exécuteur qui le représente ». Cependant une exception doit être apportée, non pas vis à vis du légataire qui dans tous les cas pourra réclamer les intérêts à partir du jour de la poursuite, mais entre l'exécuteur et l'héritier ; celui-ci pourra « refuser de les passer en compte avant la dénonciation » ; on évitera ainsi que l'une des parties tarde à mettre l'autre en cause (1).

Ferrière se montre moins affirmatif ; cependant des termes mêmes qu'il emploie on peut

(1) Pothier, art. II § 4.

déduire qu'il se prononce en faveur de la même solution (1).

La controverse n'a point cessé de nos jours et certains de nos jurisconsultes ont reproduit la théorie du droit coutumier (2).

Nous croyons què les principes généraux du Code civil permettent de décider que l'héritier étant le véritable débiteur, les intérêts ne doivent courir contre lui que de la dénonciation, celle-ci seule le mettant en demeure.

Déjà nous avons remarqué que la nomination d'un exécuteur testamentaire laisse ceux qui doivent recevoir l'universalité du patrimoine seuls obligés à l'exécution des charges. Cette règle étant également vraie que cet exécuteur soit ou non investi de la saisine, c'est donc que le législateur lui-même a voulu que l'une des parties (celle qui exécute) ne pût agir si l'autre (celle qui doit) ne donne pas au moins son adhésion pour l'acte à accomplir. Les art. 1011 et 1014 C. civ. prouvent du reste suffisamment qu'il faut dans tous les cas que, soit les légataires universels, soit les héritiers, interviennent directement lors de la demande en délivrance des legs. Or cette règle est générale et nous ne voyons aucun motif qui nous permette d'y déroger ici.

Nous pouvons ajouter que malgré la saisine des meubles dont il serait investi, l'exécuteur testamentaire qui aurait été désigné comme légataire par le testateur ne serait pas exempt de

(1) Ferrière : Nouv. Comm. de la Coutume de Paris, sur l'art. 297. I.

(2) Toullier, t. V, n° 553. — Aubry et Rau, t. VII, § 711 - 4° p. 456, note 38.

former une demande pour obtenir son legs ; il reste, bien qu'il soit dans une situation toute particulière, soumis au droit commun sur ce point.

Cependant M. Coin-Delisle et quelques autres l'en dispensent formellement : « C'est un administrateur qui se paie à lui-même ce qui est dû sur l'objet de son administration et qui en fait emploi dans son compte » (1).

Parfois l'exécuteur saisi trouvera dans la succession les sommes nécessaires pour effectuer les paiements dont il est chargé ; parfois au contraire il y aura insuffisance de deniers.

Dans cette dernière hypothèse, la loi autorise l'exécuteur à « provoquer » la vente du mobilier (art. 1031, alin. 3). Mais il doit obtenir le consentement des héritiers qui sont les véritables propriétaires du mobilier, tandis que l'exécuteur n'est que le détenteur temporaire.

Si l'héritier refuse d'accéder à la requête de l'exécuteur celui-ci peut s'adresser à la justice en vue d'obtenir l'autorisation d'aliéner. Le tribunal appréciant avec impartialité, de façon à concilier l'intérêt des parties avec les nécessités, peut ainsi vaincre des résistances mal fondées. Cependant il ne peut permettre la vente que dans les limites où elle est indispensable pour assurer l'accomplissement des volontés du défunt et il a le droit, après observations des intéressés, d'indiquer lesquels d'entre les meubles seront d'abord mis en vente.

(1) Coin-Delisle, sur les art. 1014 et 1015, n° 29. — Toullier, t. V., n° 542. — Merlin V° Legat. § V, n° 43

Une ressource reste à l'héritier qui voudrait empêcher l'aliénation et qui ne pourrait opposer aucun moyen sérieux : l'art. 1027 lui laisse la faculté d'offrir les sommes suffisantes pour l'acquittement des legs ; l'exécuteur ayant alors en mains les deniers nécessaires n'est plus fondé à introduire aucune demande contre l'héritier.

On peut encore supposer que le testateur a disposé sous forme de legs mobiliers de sommes dont le total dépasse à la fois le montant des deniers trouvés dans la succession et le produit de l'aliénation des biens mobiliers. L'exécuteur doit-il considérer sa mission comme terminée lorsqu'il a employé les valeurs que nous venons de citer, ou peut-il provoquer la vente des immeubles pour en verser le prix à ceux à qui des libéralités sont encore dues ? Question des plus importantes et qui, depuis plusieurs siècles, a divisé la doctrine en deux partis sérieux.

Ferrière et Furgole rapportent que certaines coutumes contenaient une disposition expresse donnant à l'exécuteur le pouvoir de vendre les immeubles de la succession si le mobilier ne suffisait pas à l'entier acquittement des legs. Dans d'autres pays, on avait suppléé à l'absence de texte et on avait admis les mêmes principes : les deux auteurs que nous venons de citer approuvent cette solution (1). Cependant beaucoup

(1) Ferrière, sur Cout. de Paris, art. 297, III. — Furgole, nos 38 à 41, cite les Cout. de Troyes, art. 110, — de Bourbonnais, art. 275, — de Chaumont, art. 91. — de Chalons, art. 75. — de Nivernais, Ch. XXXIII, art. 2 et 4, etc.

d'autres jurisconsultes émettent un avis contraire et conseillent d'écarter une décision qu'ils considèrent comme dangereuse (1). « A l'égard des héritages...., dit Pothier, l'exécuteur.... ne peut ni les vendre ni faire condamner l'héritier à en faire souffrir la vente ; la saisine que la Coutume lui en accorde n'étant qu'à l'effet d'en toucher les revenus pendant le temps que dure son exécution ».

Depuis la promulgation du Code Civil, les mêmes discussions se sont produites et nous trouvons encore aujourd'hui deux théories nettement opposées.

Certains auteurs, se fondant sur ce que la section consacrée aux exécuteurs testamentaires ne donne aucune règle sur cette question, argumentent de ce silence de la loi pour soutenir que l'exécuteur peut provoquer la vente des immeubles. L'art. 1031 en effet ne parle que de la saisine et de l'aliénation du « mobilier », est-il permis de conclure de là que le législateur ait entendu accorder les mêmes droits à l'exécuteur relativement aux biens immobiliers alors que ceux-ci constituent souvent la portion la plus importante du patrimoine : on ne peut admettre que cette question ait été volontairement passée sous silence. Déjà on a refusé à l'exécuteur le droit d'être investi de la saisine des immeubles, la loi ne le lui ayant point accordé. Comment donc supposer que n'ayant aucun pouvoir sur cette catégorie de biens, il puisse forcer le propriétaire, c'est-à-dire l'héritier, à procéder à une vente malgré sa volonté.

(1) Pothier, art. II, § 4. — Ricard, n° 78.

L'intérêt des légataires exige-t-il cette extension de l'autorité de l'exécuteur sur les immeubles ? Les partisans du premier système ne le pensent pas. Autant la protection de ce mandataire était nécessaire en matière mobilière, les abus et les détournements étant alors plus faciles de la part des héritiers, autant l'intervention de l'exécuteur semble, sinon superflue, du moins inutile pour les immeubles, l'art. 1017 permettant aux légataires de garantir leurs droits par une hypothèque portant sur ces immeubles. D'ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que l'exécuteur saisi n'est jamais qu'un simple détenteur et que c'est toujours à l'héritier que reste la propriété. Les légataires peuvent poursuivre ce dernier, c'est une faculté qui leur est formellement reconnue par la loi, l'art. 1014 déclarant en effet qu'ils acquièrent « du jour du décès du testateur un droit à la chose léguée, droit transmissible à leurs héritiers et ayant cause ». Rien ne permet, dit-on, d'accorder les mêmes droits au mandataire du défunt. Celui-ci a seulement la détention du mobilier, il ne reçoit des pouvoirs spéciaux que pour les biens ayant le caractère de meubles et, en dehors de ces limites, il lui est sans aucun doute interdit d'agir.

Enfin, on ajoute que si l'exécuteur testamentaire a pour mission d'assurer l'accomplissement des dispositions du testament et peut employer à cette fin tous les moyens qu'il juge nécessaires, il faut admettre que le législateur, en énumérant ses différents pouvoirs dans l'art. 1031, a pris une peine inutile, puisqu'il n'y comprend pas

le droit plus considérable, celui de provoquer la vente des immeubles. L'art. 1031 doit donc être strictement suivi et l'exécuteur ne peut sortir des attributions qui lui sont spécialement conférées par ce texte.

La conclusion qui se dégage de cette théorie est que le légataire qui n'a point obtenu ce qui lui est dû d'après le testament doit agir lui-même et que l'exécuteur ne peut poursuivre l'aliénation des biens immobiliers pour lui en remettre le prix. (1)

Nous osons penser cependant que ce système peut être combattu avec avantage et nous nous rallions à l'opinion de ceux qui permettent à l'exécuteur de provoquer la vente des biens immobiliers en cas d'insuffisance de deniers pour l'acquittement des legs.

Cette solution résulte, suivant nous, de l'art. 1031 lui-même qui, dans son alinéa 4, ordonne à l'exécuteur de veiller à ce que le testament soit exécuté. Or, d'après la généralité de ce texte le mandataire reçoit les pouvoirs les plus étendus pour arriver à l'accomplissement des volontés du défunt. Il peut donc exiger que tous les biens héréditaires soient réalisés par l'héritier et que tout ou partie de leur prix lui soit remis afin d'être en mesure d'obéir aux ordres du testateur.

On nous objecte que l'exécuteur ne pouvant être investi de la saisine des immeubles est privé

(1) Colmet de Santerre, t. IV, n° 176 bis, IV. — Aubry et Rau, t. VII, § 711 - 3° p. 451, note 21 — Baudry : t. II, n° 603. — Coin-Delisle, sur l'art. 1031, n° 7.

par là même du droit de poursuivre l'héritier pour l'obliger à la vente de ces biens, mais c'est faire là une confusion regrettable.

L'exécuteur ne peut être saisi que du mobilier, nous l'avons vu ; il ne peut avoir la détention des immeubles ; mais est-ce à dire que cette impossibilité emporte pour lui la défense d'assigner l'héritier et celle de faire reconnaître par la justice la nécessité de l'aliénation ? Le droit de provoquer la vente des immeubles ne doit pas être considéré comme une conséquence de la saisine : il en est absolument distinct. C'est, du reste, ce que reconnaissent nos adversaires puisqu'ils autorisent l'exécuteur à demander l'aliénation du mobilier alors même qu'il n'en aurait pas la possession.

Disons enfin que si les légataires peuvent assigner l'héritier en vue d'obtenir la vente des immeubles, il n'en faut pas conclure que l'exécuteur se trouve dans l'impossibilité d'agir en leur faveur. Celui-ci doit toujours veiller à l'intérêt de ceux-là et souvent ce ne sera que par son intervention que l'on pourra arriver au résultat souhaité par le testateur. (1)

Nous avons jusqu'à présent traité la question de la vente des immeubles en supposant que l'acte de dernière volonté ne contenait aucune clause spéciale à ce sujet. Nous aurions maintenant à rechercher si le même désaccord subsiste entre les commentateurs du Code civil lorsqu'une dispo-

(1) Demolombe, n° 74. — Toullier, t. V, n° 593. — Troplong, n° 2025 — Vazeille, sur l'art. 1031, n° 12.

sition expresse du testament donne à l'exécuteur la mission d'aliéner les immeubles. Mais nous pensons devoir différer cet examen et ne nous y arrêter que quand nous nous demanderons si le disposant peut conférer à son mandataire d'autres pouvoirs que ceux qui sont énumérés dans l'art. 1031.

L'exécuteur testamentaire doit assurer le paiement des legs mobiliers : faut-il dire qu'il est également chargé de l'acquittement des dettes contractées par le défunt ?

Cette obligation apparaît dans l'ancien droit coutumier. Beaumanoir, en effet, considère comme très importante l'indication précise des dettes dans le testament pour que l'exécuteur en connaisse exactement l'étendue. (1)

Plus tard, le testament ne contient plus d'ordre du défunt à cet égard, mais on supplée à ce silence et on considère que la clause relative aux dettes est sous entendue. A l'époque de Pothier, « l'acquittement des dettes mobilières fait partie de l'exécution testamentaire » (2). L'art. 291 de la coutume d'Orléans le déclarait du reste formellement et cette disposition se trouvait dans plusieurs autres coutumes (3). Cependant Furgole pense « que l'opinion contraire est mieux fondée, parce que l'exécuteur testamentaire ne peut avoir d'autre pouvoir que celui qui lui est attribué par la volonté du testateur

(1) Beaumanoir, ch. XIII, nos 32 et 38.

(2) Pothier, art. II § 2.

(3) Cout. de Berry, tit. XVIII, art. 22, — de Melun, art. 234, — de Sens, art. 77.

ou par la coutume » (1). Ce n'est donc qu'en présence d'un ordre de la coutume ou du disposant qu'il faut confier ce soin au mandataire, « admettre le contraire est une vieille erreur mais dont on est revenu, » dit Bourjon (2).

La presque unanimité de nos jurisconsultes se refuse à voir dans le paiement des dettes un acte relatif à l'exécution du testament. Le Code civil n'impose nullement cette obligation : il est donc préférable de suivre la doctrine qui prévalait dans l'ancienne législation.

Cependant, en fait, ce sera toujours l'exécuteur testamentaire qui effectuera ces paiements, puisqu'il ne peut acquitter les legs qu'après avoir désintéressé intégralement les créanciers. A cette fin, il sera tenu de requérir l'autorisation des héritiers ou, à défaut, celle du tribunal, pour employer au paiement des dettes les deniers existant dans la succession ou ceux qui proviennent de la réalisation des biens héréditaires et c'est seulement après l'extinction de ces dettes que les légataires pourront recueillir les libéralités qui leur sont laissées par le défunt. L'héritier n'aura donc à faire ce paiement que dans des cas exceptionnels (3).

Faut-il regarder comme efficace la clause par laquelle le testateur met à la charge de l'exécuteur l'obligation d'acquitter les dettes de la succession ?

On a pensé qu'une disposition de cette nature

(1) Furgole, n° 36.

(2) Bourjon, n° 29.

(3) Colmet de Santerre : t. IV, n° 176 bis, V.

ne peut valoir. Le mandat de l'exécuteur n'étant dit-on, « qu'une restriction ou une sorte de curatelle à laquelle le testateur se serait soumis lui-même par rapport à la propriété de ses biens » (1), il faut donc dans une matière spéciale comme celle que nous étudions autoriser seulement ce que la loi elle-même permet d'une manière certaine.

Cependant l'opinion généralement adoptée de nos jours est que ce mandat spécial peut être conféré par le disposant, aucun texte n'édicte une prohibition à ce sujet. Néanmoins il faut, pour la validité du paiement, que l'exécuteur obtienne au préalable l'autorisation de l'héritier ou qu'un jugement ayant acquis force de chose jugée soit rendu contre ce dernier s'il ne consent pas.

La cour de Bruxelles a jugé que dans le silence du testament sur le paiement des dettes de la succession, bien que ce soin ne rentre pas essentiellement dans les fonctions de l'exécuteur testamentaire et ne lui soit conféré par aucune disposition de la loi, il n'en est pas moins vrai que son mandat peut être étendu à cet objet par une clause spéciale du testament (2).

La division n'existe entre les auteurs que relativement aux dettes contractées par le défunt lui-même, car il est évident que l'exécuteur doit payer ce qui peut être dû pour l'accomplissement du testament. Le mandataire portera donc en

(1) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III p. 492, note 18. — Aubry et Rau, § 711 - 2^o p. 450-451.

(2) Coin-Delisle sur l'art. 1031, n^o 6. — Vazeille sur l'art. 1031, n^o 11. — Toullier t. V, n^o 591. — Bruxelles, 4 Juin 1832 : Dall. Alph. n^o 4090.

compte les frais utilement faits à l'occasion de sa gestion et l'héritier pourra seulement demander la réduction de ces dépenses s'il les juge excessives.

§ III. — Exécution en général des dispositions du testament et droit pour l'exécuteur testamentaire d'intervenir dans toutes les contestations auxquelles elles peuvent donner lieu.

La mission générale de veiller à l'exécution des clauses testamentaires, donnée à l'exécuteur par l'art. 1031, alin. 4, ne cesse pas avec l'expiration du délai de saisine ou par la reddition du compte de gestion. Aussi longtemps que les volontés du disposant n'auront pas été entièrement réalisées, le mandataire du défunt conservera ses pouvoirs de surveillance et de contrôle et c'est seulement quand l'exécution sera entièrement terminée qu'il lui sera permis de se désintéresser de tout ce qui concerne la succession. Jusqu'à ce moment il pourra et devra même prendre les mesures nécessaires pour la conservation du patrimoine. (1)

L'exécuteur testamentaire, dit la Cour de Poitiers, a qualité pour poursuivre l'accomplissement des clauses du testament même après l'année du décès du disposant ; s'il s'est élevé quelque contestation entre l'exécuteur et l'héritier. Plus spécialement, l'exécuteur qui a dans l'année du décès actionné l'héritier, mais dont l'assignation a été déclarée nulle, peut former après expiration

(1) Pothier : Art. IV. — Colmet de Santerre : t. IV, n° 176 bis VI.
— Coin, Delisle ; Observ. spéc. à la section, n° 13.

du délai d'an et jour une nouvelle demande contre ce même héritier (1).

C'est par application des mêmes principes que le Tribunal de Lyon a été amené à décider que la mission donnée par un testateur à son exécuteur de veiller à ce que ses restes soient inhumés dans un endroit déterminé ne prend pas fin par le fait de l'inhumation au lieu indiqué. L'exécuteur conserve le droit, même après l'année de la saisine, de veiller à ce que la sépulture voulue par le disposant ne soit en aucune façon modifiée (2).

Après avoir déclaré que les exécuteurs « veilleront à ce que le testament soit exécuté » le législateur ajoute qu'« ils pourront en cas de contestation sur son exécution intervenir pour en soutenir la validité. »

« Ils sont receuables à faire poursuite en ladite qualité d'exécuteurs, dit Boutillier, et ne leur faut autre pouuoir que leur testament pour demander ou défendre.... » (3).

Avec la jurisprudence, il faut leur accorder d'une manière générale le droit de prendre part à ces contestations et leur intervention sera tout jours valable, qu'il soit question de legs mobiliers ou de legs immobiliers (4), même si elle ne s'était pas produite en première instance et si c'est seulement en appel que l'exécuteur croit utile d'agir lui-même pour la première fois. (5)

(1) Poitiers : 23 Ventôse an XIII. Dev. Coll. Nouv. II. 2.33.

(2) Trib. de Lyon : 30 Juin 1877. Dall. Per. 78.3.88.

(3) Boutillier : Somme rural, p. 71.

(4) Paris : 10 Décembre 1850. Dall. per. 51.2.1.

(5) Rennes : 12 Juillet 1864 : S. 64.2.181.

C'est uniquement pour soutenir la validité du testament ou de quelqu'une de ses clauses que l'exécuteur a la faculté d'assister au débat. Pour tout autre motif, il doit rester complètement étranger aux différends qui pourraient naître entre les divers intéressés. Ainsi il a été jugé qu'il ne faut pas étendre son pouvoir d'intervention aux actions relatives à la succession, car il ne représente pas les héritiers et ceux-ci seuls peuvent agir pour défendre leurs intérêts (1).

D'après M. Demolombe, c'est « veiller encore à l'exécution du testament que d'empêcher le détournement frauduleux des valeurs » par les héritiers ou des tiers en vue de frustrer les légataires. Le savant auteur va jusqu'à permettre à l'exécuteur de « prendre lui-même l'offensive » et de poursuivre directement ceux qui s'opposeraient à l'accomplissement des dispositions testamentaires. D'après lui, il ne faut voir dans l'article 1031 qu'un exemple et le droit d'intervention accordé par ce texte doit être entendu dans un sens général : « la raison et la nécessité exigent qu'il en soit ainsi » (2).

Rappelons en effet, avec un arrêt récent, que les héritiers naturels n'ont la possession de plein droit des biens de l'hérédité qu'à la condition de remplir les obligations de leur auteur comme si elles leur étaient personnelles et de respecter ses dernières volontés disposées dans son testament (3).

(1) Metz, 13 Juillet 1865 : Dall. Per. 65. 2. 126.

(2) Demolombe, n^{os} 79 et 80.

(3) Bordeaux, 29 Mars 1887 : Dall. Per. 88. 2. 261.

§ IV. — **Obligation pour l'exécuteur de rendre compte de sa gestion**

Le dernier alinéa de l'art. 1031 ordonne aux exécuteurs testamentaires de rendre, à l'expiration de l'année du décès du testateur, un compte de leur gestion.

La saisine leur donne en effet des attributions étendues sur une portion du patrimoine et il est nécessaire que leurs actes ne soient pas soustraits à tout contrôle. Du reste, si l'héritier a intérêt à connaître l'emploi des biens dont la détention aura été remise à l'exécuteur, afin de s'assurer qu'aucun détournement n'a été opéré, le mandataire lui-même sera disposé à faire la preuve d'une gestion fidèle pour éviter par la suite les revendications des successeurs du défunt ou au moins pour rendre impossible tout soupçon de leur part.

Nous avons dit déjà qu'il ne peut être question de soumettre à une reddition de compte l'exécuteur à qui la saisine n'a pas été donnée : son rôle se borne à une surveillance et jamais aucun acte impliquant l'idée de possession des biens héréditaires ne pourra être utilement accompli par lui.

D'après la loi, le compte sera rendu « à l'expiration de l'année du décès du testateur », c'est-à-dire à l'époque où légalement la saisine doit prendre fin. Il ne faut pas cependant s'attacher strictement aux termes de l'art. 1031 et décider que l'opération qu'il exige doit avoir lieu nécessairement après l'an et jour du décès. Nous avons décidé que sauf clause contraire c'est pour une année « utile » que l'exécuteur reçoit la saisine,

nous en concluons que c'est à l'expiration de ce délai ainsi calculé que l'héritier peut réclamer la reddition du compte.

Celui-ci est rendu soit aux héritiers légitimes, soit aux légataires universels, soit enfin au curateur à la succession vacante dont l'exécuteur testamentaire a dû requérir la nomination.

Il ne faut pas hésiter, bien que le Code ne précise pas sur ce point, à permettre à l'exécuteur d'assigner ces diverses personnes en justice, s'il ne peut parvenir par les moyens amiables à leur remettre le compte et à le faire approuver par eux.

Devant quel tribunal les parties devront-elles être assignées dans ce cas ?

Faut-il donner compétence au juge du domicile de l'exécuteur, en vertu de l'art. 527 C. Proc. civ. (texte qui s'occupe des comptables) ?

Faut-il au contraire soumettre le différend au juge du lieu où la succession s'est ouverte (art. 59, alin. 6, C. Proc. civ.) ?

Les coutumes présentaient à cet égard de très grandes variétés. Tantôt c'est à l'évêque diocésain qu'appartient la connaissance de cette catégorie d'affaires (1) ; tantôt ses pouvoirs sont partagés avec les officiers royaux (2) ; parfois ceux-ci sont compétents en même temps que les juges seigneuriaux (3) ; enfin, d'après certaines coutumes, c'est

(1) Cout. de Sens : Art. 79.

(2) Cout. de Chaumont : Art. 71. — de Troyes : Art. 100. — de Vitry : Art. 107.

(3) Cout. de Clermont : tit. II, art. 139. — de Valois : t. XIII, art. 176.

devant le juge royal seul que doit être rendu le compte de l'exécuteur (1).

De nombreuses ordonnances consacrèrent dès le XVI^e siècle ce dernier système. L'ordonnance de Villers-Cotterets (1539) déterminait notamment d'une manière précise quel devait être le juge compétent pour recevoir le compte de l'exécuteur : elle décidait que ce serait le juge qui avait commis cet exécuteur ou, si celui-ci n'avait pas été nommé par autorité de justice, que ce serait le juge du domicile de l'exécuteur.

Ce ne fut néanmoins qu'à partir de l'ordonnance de 1667 sur la réforme de la justice que l'on parvint à retirer définitivement aux tribunaux ecclésiastiques l'examen des comptes d'exécution et que les juridictions royales furent seules chargées de ce soin. Furgole rapporte ces décisions et défend que « sous quelque prétexte que ce soit, les comptes puissent être révoqués ou renvoyés devant une autre juridiction que celle indiquée par l'ordonnance précitée » (2).

Aujourd'hui chacun des art. 59, alin. 6, et 527 C. Proc. civ. a ses partisans.

Les uns enseignent que si l'exécuteur doit rendre son compte devant la justice ce ne peut être que suivant la procédure organisée par les articles 527 à 542 du Code de procédure civile (Liv. V. Tit. IV); ce sont en effet, les seules dispositions législatives qui régissent les comptables et l'exécuteur, ayant cette qualité, ne peut se soustraire à la compétence formellement reconnue par le texte.

(1) Cout. de Montargis : t. XIII, art. 9. — de Bourbonnais : art. 296.

(2) Furgole, n^o 58.

Tel était également le principe admis par l'ordonnance de 1667 ; or, il ne faut point oublier que les règles édictées par cet acte ont formé le droit commun jusqu'au commencement de ce siècle et ont été introduites pour partie (notamment en matière de reddition de comptes) dans la législation nouvelle (1).

Nous préférons au contraire décider que la compétence doit être attribuée au tribunal du lieu où la succession s'est ouverte. L'art. 59, alin. 6, soumet en effet, à cette juridiction, la connaissance de « toutes les demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort. » Or, la reddition du compte ne peut être regardée comme un dernier acte d'exécution, puisque c'est seulement après qu'elle aura eu lieu que l'exécuteur sera déchargé entièrement de son mandat. Ajoutons que cette solution sera plus pratique, car les pièces nécessaires pour le contrôle du compte se trouvent souvent réunies au lieu du décès du testateur (2).

Aucune forme spéciale n'est exigée pour la confection du compte. Celui-ci comprendra généralement une partie contenant l'indication des recettes et une autre relative aux dépenses. Il se terminera par la balance de ces deux articles.

Sont comprises dans les recettes toutes les valeurs qui ont été remises à l'exécuteur et qui sont constatées par l'inventaire ; de même les deniers ou objets qu'il a acquis au cours de sa gestion (prix de vente du mobilier, montant des

(1) Duranton : t. IX, n° 422. — Troplong : t. IV, n° 2029. — Paris : 2 Juillet 1839. S. 39.2.372.

(2) Vazeille : Sur l'art. 1034, n° 2. — Coin-Delisle : Sur l'art. 1031, n° 9. — Cass. 11 Juillet, 1864 : Gaz. des trib., 12 Juillet 1864.

créances acquittées entre ses mains) ; il faut encore citer les bénéfices que l'exécuteur a réalisés en agissant contre son devoir, et les sommes dont il a négligé de faire profiter la succession.

Dans le chapitre des dépenses, seront portés tous les débours que l'exécution du testament a nécessités. L'art. 1034, après avoir autorisé l'exécuteur à réclamer « les frais faits.... pour l'apposition des scellés, l'inventaire, le compte... » ajoute d'une manière générale et sans distinction « ...les autres frais relatifs à ses fonctions ». Il est en effet équitable que le mandataire, après avoir rempli une charge absolument gratuite, n'ait pas à supporter pour la moindre part les dépenses qu'il a dû faire pour s'acquitter de sa mission.

L'exécuteur peut donc tenir compte à l'héritier des avances faites par lui pour soutenir comme demandeur ou comme défendeur des procès relatifs à l'exécution du testament (sauf toutefois s'il avait été personnellement condamné), des frais du jugement ordonnant le compte, s'il y a consenti avant condamnation, des frais de clôture du compte, de voyages dans l'intérêt de l'exécution, etc. (1).

Est-il besoin d'ajouter que l'on y trouvera aussi le détail des sommes versées aux légataires et aux créanciers ou prises par l'exécuteur lui-même en vertu du droit que lui conférait le testament à cet égard.

(1) Furgole, n^{os} 69 et 71.

Seront également remboursés les honoraires payés par l'exécuteur aux divers officiers ministériels dont l'assistance lui aura été nécessaire pour certains actes, ou à qui il aura demandé des conseils dans le but de rendre sa gestion plus utile à la succession. (1).

Quant à la manière dont l'exécuteur doit faire la preuve des articles portés dans le compte, on admet qu'il doit produire les quittances qui s'y rapportent ou employer quel qu'autre mode de preuve légalement reconnu.

S'il s'agit de menues dépenses pour lesquelles il n'est pas ordinairement donné de quittance, le serment de l'exécuteur suffit pour en assurer l'existence.

Il a été jugé que si un héritier veut prouver contre le compte qui lui a été rendu, il devra préalablement libeller les faits particuliers de soustraction et de vol qu'il reproche à l'exécuteur testamentaire. (2).

Il semblerait que les frais dont parle l'art. 1034 sont dans tous les cas à la charge de la succession. MM. Demolombe et Colmet de Santerre ont cependant jugé une distinction nécessaire (3).

Si le testateur ne laisse pas d'héritiers réservataires, le texte recevra purement et simplement son application. Mais s'il existe des héritiers de cette qualité, il faut rechercher

(1) Toullier, t. V, nos 600 et 601. — Duranton, t. IX, n° 422.

(2) Cass. 19 Août 1817 : D. Alph. n° 4121.

(3) Demolombe, n° 116. — Colmet de Santerre, t. V, n° 179 bis.

à qui ont en réalité profité les dépenses qui ont été faites.

Sont à la charge de la succession les frais qui ont été utiles à cette dernière tout entière, c'est-à-dire tant à la réserve qu'au disponible (Ex. : frais de scellés, d'inventaire, etc.). Mais ceux qui n'ont eu « pour but que de procurer l'exécution de dispositions imputables sur le disponible » ne devront être supportés que par cette seule portion du patrimoine. La réserve ne peut en effet subir aucune atteinte par suite des dispositions à titre gratuit ; or les dépenses dont il s'agit dans cette seconde hypothèse ne sont que des accessoires des libéralités (Ex. : débours faits à l'occasion d'un procès sur la validité de l'une des dispositions du testament).

En règle générale, les recettes et les dépenses ne se compenseront pas exactement ; il y aura donc un reliquat de compte auquel s'appliqueront les règles contenues dans les art. 1996 et 2001 C. Civ.

D'après ces articles, le mandataire (ici l'exécuteur) doit l'intérêt des sommes « dont il est reliquataire à compter du jour qu'il est mis en demeure ». Les intérêts des avances qu'il a faites lui sont dues « à dater du jour des avances constatées ».

Lorsque nous avons parlé de l'inventaire auquel l'art. 1031 astreint l'exécuteur, nous nous sommes demandé s'il était permis d'accorder la dispense de cette formalité. Une question analogue se présente ici et des discussions s'engagent entre les auteurs au sujet de la validité de la clause par

laquelle il est fait remise à l'exécuteur de l'obligation de rendre compte.

Ecartons tout d'abord l'hypothèse où le disposant aurait légué à son mandataire le reliquat du compte. Il n'y a là qu'une libérarité ordinaire, soumise aux règles des legs et parfaitement efficace si celui qui doit le recueillir n'est pas déclaré incapable par la loi. Cette disposition n'implique nullement que l'exécuteur n'aura pas à justifier des actes de gestion et ne doit pas être confondue avec la dispense proprement dite de rendre compte, car dans cette dernière il y a obligation pour l'exécuteur de remettre à qui de droit, après l'acquittement des charges, les sommes dont il est détenteur.

Que décider si la dispense de rendre compte fait l'objet d'une clause formelle du testament ?

Furgole et Pothier soutenaient qu'une telle dispense ne soustrayait pas l'exécuteur à toute responsabilité. Il était déchargé « de tout ce qu'il aurait pu pécher par négligence », mais il restait tenu de tout ce qui avait péri ou de tout ce qui avait été perdu par son dol ou par sa fraude (1). Une divergence existe cependant entre les deux auteurs. Tandis que pour Furgole ce n'est que pour l'administration future que peut avoir lieu l'exemption, et seulement dans une certaine mesure, pour Pothier il n'y a pas lieu de distinguer entre le passé et l'avenir et la dispense est toujours valable.

Comme dans l'ancien droit, nous trouvons encore aujourd'hui deux théories adverses. MM. Toullier et Duranton ont décidé qu'il n'y avait pas de raison d'annuler une telle clause

(1) Pothier, art. III § 3. — Furgole, n° 57.

lorsque le testateur ne laisserait pas d'héritiers à réserve et quand l'exécuteur ne serait pas incapable de recevoir. C'est du reste à celui-ci qu'incombe le soin de faire cesser les difficultés qui peuvent naître et les héritiers et légataires seront tenus de s'en rapporter uniquement à sa parole et à sa bonne foi. Mais l'exécuteur reste débiteur du reliquat s'il n'en a pas été expressément gratifié par le défunt (1).

L'opinion des auteurs que nous venons de citer est confirmée par plusieurs arrêts. Notamment il a été jugé :

Que la dispense de rendre compte est valable, mais n'enlève pas aux légataires ou à leurs représentants légaux le droit de vérifier le montant des sommes que l'exécuteur a touchées dans leur intérêt et de s'assurer si ces sommes ont reçu leur destination (2).

Que la disposition par laquelle un testateur qui n'a pas d'héritiers à réserve dispense son exécuteur testamentaire de rendre compte est valable (3).

Nous croyons cependant devoir contester cette doctrine.

Nous avons déjà déclaré non avenue la décharge de l'inventaire, une telle clause nous paraissant porter atteinte aux droits que les successeurs du défunt ont acquis sur les biens héréditaires. Nous nous attachons au même motif pour regarder comme inefficace la disposition qui affranchit l'exécuteur de l'obligation du compte.

(1) Toullier, t. V n° 604. — Duranton, t. IX, n° 406. — Cf. Aubry et Rau, t. VII, § 711-4° p. 457, note 46.

(2) Douai, 23 Juin 1846 : Dall. Per. 46. 2. 155.

(3) Nîmes, 23 Mai 1865 : S. 65. 2. 285.

Si le testateur veut priver ses héritiers de tout ou partie de son patrimoine, il peut les déshériter formellement, mais il ne lui est pas permis par une extension des pouvoirs de son exécuteur d'arriver à ne leur attribuer qu'une « valeur nominale » (1). L'exécuteur testamentaire est d'ailleurs un mandataire et, comme tel, il reste soumis aux obligations qui découlent essentiellement du mandat: permettre de le décharger du compte serait le considérer comme un véritable propriétaire: or, tel n'est pas son rôle (2).

Quant aux arrêts favorables à la théorie contraire, il faut dire que si le second valide positivement la dispense, le premier la réduit considérablement et la rend même inutile.

Comment en effet admettre à la fois que l'exécuteur n'aura pas à soumettre les opérations de la gestion au contrôle des héritiers ou des légataires universels et que ceux-ci pourront toujours vérifier le montant et l'emploi des sommes touchées dans leur intérêt? « Il y a loin de l'excuse des négligences au droit pour l'exécuteur de déclarer ce qu'il veut et de faire tout passer sans examen » (3).

Nous terminerons ce paragraphe en faisant observer que les actions réciproques des héritiers ou des légataires universels et de l'exécuteur testamentaire résultent du mandat intervenu entre l'auteur des premiers et le second; de plus nous rappellerons que le légataire universel majeur peut

(1) Colmet de Santerre, t. IV, n° 476 bis, XI.

(2) Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. III, p. 258, note 9.

(3) Vazeille, sur l'art. 1031, n° 14.

toujours, d'après la Cour de Paris, traiter à l'amiable sur l'objet ou l'importance de l'hérédité avec l'exécuteur avant toute reddition de compte (1).

§. V. — Les art. 1025 à 1034 sont-ils limitatifs ou bien le testateur peut-il conférer à son exécuteur testamentaire des pouvoirs plus étendus que ceux qui lui sont attribués par le Code Civil?

L'importance de cette question ne peut être mise en doute. Il s'agit en effet de savoir s'il est permis au testateur de donner à la mission de l'exécuteur toute l'étendue qu'il peut désirer, ou si au contraire il se trouve obligé de limiter les pouvoirs qu'il confère à son mandataire aux cas spécialement indiqués par la loi.

Le système restrictif compte peu d'adhérents (2). Il se fonde sur la nature exceptionnelle de la charge de l'exécuteur. Celui-ci ne peut recevoir son mandat que du disposant ; or, « conçoit-on que celui qui ne vit plus, qui ne peut plus avoir aucun droit, vienne restreindre les droits des vivants.... ! » Cela paraît d'autant moins admissible, dit M. Laurent, que « les droits des héritiers institués et des légataires sont créés par la volonté du testateur, mais dès qu'ils sont ouverts, ils sont indépendants de cette volonté ». On ajoute encore que les textes réglant l'insti-

(1) Paris, 10 Mai 1808 : Dev. Coll. Nouv. II. 2. 387.

(2) Grenier, t. I, n° 331. — Dall. Alph. n° 4025. — Laurent, t. XIV, n° 332.

tution des exécuteurs testamentaires sont à la fois limitatifs et impératifs et que par suite on ne peut y apporter aucune dérogation. Tels sont les arguments principaux invoqués à l'appui de cette doctrine.

C'est avec raison, à notre avis, que la théorie contraire a été généralement adoptée. Sauf sur quelques points où des considérations particulières nous ont engagé à limiter les droits du testateur relativement aux pouvoirs qu'il peut conférer à son mandataire, il nous paraît que le législateur a, sous les autres rapports, entendu laisser au disposant la liberté la plus complète.

Pour nous, le Code civil énumère quelques-unes des règles générales auxquelles les exécuteurs testamentaires sont astreints, mais il ne faut voir dans les articles 1025 à 1034 que des exemples relatifs aux cas les plus usuels et rien dans la rédaction de ces textes ne permet de supposer que le disposant ne peut conférer à son mandataire les attributions les plus étendues. « Telle est la règle qu'indique la raison d'accord avec l'utilité pratique » (1).

Mais de ce que le testateur a la liberté de donner à son exécuteur des pouvoirs plus larges que ceux résultant de la loi, il ne faut pas aller jusqu'à dire qu'il n'est soumis à aucune restriction sur ce point, et il ne sera bon d'admettre les dispositions spéciales du testament que si elles peuvent être justifiées ainsi :

(1) Demolombe, n° 84.

1° Qu'elles aient pour objet l'exécution d'une clause de l'acte de dernière volonté ;

2° Qu'elles ne soient pas contraires aux prohibitions de la loi ;

3° Qu'elles ne violent pas l'ordre public ou les bonnes mœurs.

Examinons successivement les conséquences qui résultent de ces conditions :

1° Les pouvoirs conférés spécialement à l'exécuteur testamentaire ne doivent avoir pour but que l'exécution du testament.

Il faut dès lors décider que le testateur ne peut donner à son mandataire la mission d'administrer des biens dont il laisse la propriété à ses héritiers sans en avoir disposé en faveur d'une autre personne. Une clause ainsi conçue porterait atteinte aux droits dont jouissent les héritiers en leur qualité de propriétaires.

En ce sens il a été jugé que doit être annulée la disposition par laquelle l'exécuteur testamentaire a le mandat d'administrer d'une façon absolue les biens immobiliers dépendant de la succession jusqu'au décès d'un tiers qui en a reçu l'usufruit par le même testament. Il y a en effet dans ce cas une véritable saisine établie en faveur de l'exécuteur, et cette saisine ne peut être efficace, puisqu'elle porte sur des immeubles et n'est soumise à aucune limite déterminée (1).

Dans une espèce moins spéciale, la Cour de Bruxelles a déclaré que n'est pas valable le pouvoir donné à l'exécuteur de liquider la suc-

(1) Lyon, 26 Août 1864 : S. 65.2.264.

cession et d'en opérer le partage (1). Cependant un arrêt plus récent apporte une atténuation à la rigueur de cette jurisprudence : il permet à l'exécuteur qui en a reçu la charge de répartir à son gré entre plusieurs légataires, désignés par le disposant, une portion de l'hérédité (2).

Tout en reconnaissant que la qualité des parties en cause a pu, dans cette affaire, impressionner favorablement le juge (le testateur était le père des légataires), on pourrait objecter qu'une telle clause permet de laisser le paiement des legs à la seule volonté de l'exécuteur ; or, ce serait une violation flagrante de la règle qui défend qu'une libéralité testamentaire puisse dépendre de la volonté d'un tiers. M. Demolombe (3) conclut cependant à l'admission de cette disposition parce que « le pouvoir conféré à l'exécuteur testamentaire n'affectait que le mode d'exécution du legs » ; ce que le testateur laissait à l'appréciation de son mandataire ce n'était pas l'exécution même des legs, mais seulement la répartition des biens qui en faisaient l'objet.

Nous avons précédemment reconnu la validité de la charge de payer les dettes donnée par le disposant à son exécuteur. Cette solution est approuvée par plusieurs auteurs et par la jurisprudence ; elle ne combat du reste en quoi que ce soit la première condition que nous examinons.

(1) Bruxelles, 26 Février 1818 : Dev. Coll. Nouv. V. 2.338.

(2) Metz, 13 Mai 1864 : S. 64.2.132.

(3) Demolombe, n° 87.

La question de savoir si l'exécuteur testamentaire peut, en cas de nécessité pour l'acquittement des legs, provoquer la vente des immeubles héréditaires, malgré le silence du testament à cet égard, a déjà été soulevée plus haut et résolue affirmativement. Nous avons maintenant à rechercher si le disposant pourrait par une clause expresse conférer à son exécuteur des pouvoirs spéciaux, relativement à l'aliénation des biens immobiliers.

Presque tous les auteurs lui reconnaissent cette faculté, et parmi ceux mêmes qui refusaient à l'exécuteur ce droit de vente lorsque le testateur ne l'avait pas formellement voulu, la plupart adoptent que ce dernier a toute liberté pour confier à son mandataire le soin de convertir en numéraire les immeubles de la succession. La jurisprudence n'est pas moins constante et de très nombreuses décisions judiciaires ont été rendues en ce sens. Ainsi il a été jugé :

1° Qu'un testateur peut valablement donner à son exécuteur testamentaire le pouvoir de vendre les immeubles pour payer les legs (1); que dans le cas où quelques-uns des légataires universels n'auraient accepté la succession que sous bénéfice d'inventaire l'exécuteur n'en conserverait pas moins le droit de procéder à la vente dans la forme indiquée par le testament sans être tenu de suivre les articles 987 et 988 C. Proc. Civ. (2).

2° Que les légataires universels peuvent s'op-

(1) Bruxelles, 2 Août 1809 : D. Alph., n° 4087.

(2) Cass. req. 17 Avril 1855 : Dall. Per. 55. 1. 201.

poser à ce que la vente ait lieu avant que les héritiers légitimes aient fait la délivrance des legs, même si ces legs doivent absorber la valeur de la succession (1).

3° Que dans tous les cas, l'exécuteur doit appeler à la vente les héritiers légitimes qui sont propriétaires et possesseurs de plein droit (2).

4° Que le pouvoir de vendre les immeubles est valablement donné par le testateur qui ne laisse pas d'héritiers à réserve, mais qui a désigné des légataires universels (3).

5° Enfin, que la promesse de vente faite par l'exécuteur est valable (4).

L'accord de la doctrine et de la jurisprudence n'est cependant pas unanime et quelques auteurs combattent le principe et les conséquences que nous venons d'énoncer.

M. Laurent (5) notamment attaque avec la plus grande énergie le système définitivement établi aujourd'hui et, reprenant les divers arguments de l'un des arrêts que nous venons de citer (celui de Douai, 26 Août 1847), il s'efforce de prouver que les art. 1025 à 1034 doivent être strictement interprétés et ne peuvent être étendus au gré du disposant. Le motif invoqué par l'auteur de cette théorie, est qu'il n'est point permis de faire abstraction de la loi : or, si l'on autorisait le disposant à conférer un mandat qui n'a pas

(1) Bruxelles, 2 Août 1809 : Dall. Alph., n° 4087.

(2) Même arrêt.

(3) Douai, 26 Août 1847 : D. P. 47. 2. 209. — Metz, 13 Mai 1869 : D. P. 69 2. 192. — Douai, 27 Janvier 1864 : S. 64. 2. 225. — Cass., 4 Août 1875 : S. 76. 1. 8.

(4) Douai, 27 Décembre 1848 : Dall. Per. 49. 5. 393.

(5) Laurent : t. XIV, nos 365 et suiv.

été spécialement prévu par les textes, ne serait-ce pas oublier que le testateur tient le droit de tester de la loi seule, et qu' « il ne parle et ordonne qu'avec la permission de la loi. »

On peut objecter, dit M. Laurent, qu'en refusant au testateur d'étendre les pouvoirs de l'exécuteur, on fait échec à sa liberté. Mais il faut répondre que celle-ci est suffisamment sauvegardée : la loi permet au disposant de faire la répartition de ses biens comme il l'entend et il est impossible de dire que ce disposant « pourra sous prétexte de liberté, enchaîner éternellement les droits des héritiers. »

Relativement à l'arrêt précité, le savant auteur pense que la Cour de Douai « renverse les rôles » et donne une « singulière explication » de la clause qui lui est soumise.

Permettre à un exécuteur de liquider la succession (puisqu'il résulte des circonstances de l'espèce que telle est réellement sa mission) c'est enlever toute utilité aux articles 1025 à 1034, c'est aussi assimiler « la transmission des biens et l'exécution des dispositions qui les transmettent », alors que ces deux choses doivent rester absolument distinctes.

Le testateur reçoit des art. 893, 895 et 913 C. civ. le pouvoir de faire de ses biens tel emploi qu'il juge bon, mais que signifient ces textes sinon qu'il a seulement la faculté de donner à qui il veut et non sous toute condition qu'il lui plaît d'imposer. Les héritiers ou les légataires universels qu'il institue sont propriétaires dès le décès de leur auteur et seuls

ils ont le pouvoir de procéder à la vente des immeubles ou à la liquidation de la succession. Ce n'est en effet qu'au propriétaire qu'appartient le droit d'aliéner et c'est seulement une disposition expresse de la loi qui peut le priver malgré lui de ses biens. Or, on ne trouve aucun texte donnant à l'exécuteur testamentaire le droit d'intervenir pour les immeubles ; l'art. 1031 semble également indiquer que ses pouvoirs ne peuvent s'étendre que sur le mobilier, puisqu'il ne s'occupe que de cette seule classe de biens.

Nous avons invoqué l'appui de la doctrine et de la jurisprudence pour déclarer valable la clause relative aux droits de l'exécuteur sur les immeubles héréditaires. Il est utile maintenant de faire connaître sur quels motifs s'appuie la théorie à laquelle nous croyons devoir nous rallier.

Et d'abord, nous repoussons la distinction que nous avons mentionnée plus haut et qui consiste à séparer « la transmission des biens et l'exécution des dispositions qui les transmettent. Pourquoi en effet ne pas admettre les art. 893, 895 et 913 C. civ. avec leur généralité ? Ces textes confèrent au disposant les pouvoirs les plus larges pour la répartition de son patrimoine entre ses successeurs, il semble donc naturel de décider que la volonté du défunt devra être toujours exécutée et qu'il n'y aura lieu de l'écarter que si elle est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

On nous oppose que le testateur ne pouvant donner à son exécuteur la saisine de ses immeubles ne peut dès lors lui confier le soin d'aliéner ces mêmes biens. Nous avons déjà fait observer qu'il faut se garder de confondre la saisine avec le mandat spécial dont nous nous occupons; c'est ce que laisse entendre l'art. 1031 qui, au sujet du mobilier, permet à l'exécuteur d'en provoquer la vente bien qu'il n'en ait pas la détention.

Quel est d'ailleurs le but vers lequel tend le disposant quand il ordonne à son mandataire de procéder à la vente de tous ses biens? La loi ne lui enjoignant en aucune façon de transmettre ses biens en nature à ceux qu'il veut gratifier, il use du pouvoir qu'elle lui accorde implicitement de faire convertir en argent la totalité de son patrimoine et de faire distribuer les sommes obtenues comme il le veut et à qui il lui plaît. On ne peut soumettre à l'art. 900 une disposition de cette nature, car il est évident que l'ordre public et les bonnes mœurs n'ont été violés en quoi que ce soit.

On soutient encore que notre solution a pour effet de dépouiller le légataire universel malgré lui et que l'on porte ainsi atteinte à l'art. 1006 C. civ. Nous ne le pensons pas. Le légataire dans le cas de l'art. 1006 est saisi, il est vrai; mais il doit respecter les volontés de son auteur. Celui-ci ayant jugé bon de soumettre la saisine à des conditions ou à des restrictions, ce sera dans cette limite seulement que les droits sur les biens

légues seront transférés au légataire, car chacun peut disposer comme il l'entend et sous toute forme qui ne tombe pas sous les prohibitions de la loi. Le testateur n'est-il pas du reste le meilleur juge pour diviser son patrimoine de la manière la plus avantageuse entre ceux qui sont appelés à le recueillir et pour prendre les mesures destinées à empêcher des difficultés et des lenteurs dans le partage.

Nous dirons donc avec la Cour de Douai que « d'après la nature même des choses l'étendue des pouvoirs que le testateur peut conférer à son exécuteur testamentaire doit être corrélative à celle des dispositions elles-mêmes ».

En recevant du testateur la mission spéciale de vendre les biens, l'exécuteur n'acquiert aucun droit réel. Ce n'est pas en son nom personnel qu'il procède, c'est comme délégué du disposant, chargé de remettre aux héritiers ou légataires non pas des biens en nature, mais seulement la valeur de ces mêmes biens. Toutefois, il reste tenu des actes qu'il aurait pu faire contrairement à son mandat en vertu des règles générales sur la responsabilité.

M. Colmet de Santerre (1) hésite à suivre sans réserves la doctrine de la Cour de Cassation et se refuse à croire que l'exécuteur puisse être laissé seul juge « des clauses et conditions de la vente ». M. Vazeille ne permet l'aliénation que dans les formes prévues par les art. 953 et s. C. Proc. civ. (2)

Nous ne croyons pas qu'il y ait lieu de tenir

(1) Colmet de Santerre : t. IV, n° 176 bis, IX.

(2) Vazeille : Sur l'art. 1031, n° 13.

compte de ces restrictions et nous admettons la théorie de la jurisprudence telle qu'elle nous est présentée dans les arrêts cités au début de cette controverse.

Lorsque les légataires sont mineurs ou interdits ou que majeurs ils ont accepté la succession sous bénéfice d'inventaire, il semblerait que l'exécuteur est tenu, à peine de nullité de la vente, d'accomplir les nombreuses formalités édictées par la loi pour les aliénations intéressant les incapables ou les héritiers bénéficiaires : ce sont là, pourrait-on dire, des dispositions d'ordre public auxquelles on ne peut se soustraire.

Mais remarquons que, dans les hypothèses dont il s'agit, les immeubles n'appartiennent pas à des incapables ou à des héritiers bénéficiaires ; ces diverses personnes ne peuvent exiger que des sommes d'argent et, si elles ont des droits sur les biens de la succession, c'est sous la condition que ces biens « ne leur adviendront qu'après leur conversion en deniers ». (1)

Quant aux légataires majeurs, la clause ne peut avoir pour effet de les priver du droit d'accepter sous bénéfice d'inventaire. La succession, dit à ce sujet la Cour de cassation, ne peut être acceptée que dans l'état mobilier qu'elle a reçu du testateur et l'acceptation bénéficiaire ne peut en changer la nature ni avoir un effet rétroactif sur la volonté du testateur et l'administration de l'hérédité (2).

Si le disposant laisse des héritiers réservataires, les pouvoirs spéciaux qu'il entend conférer à son

(1) Demolombe n° 93.

(2) Cass. 17 Avril 1855 : S. 56. 1. 253.

exécuteur doivent uniquement se rapporter au disponible et ils sont valables soit que la portion constituant la réserve ait été déterminée par le testateur lui-même, soit que celui-ci ait abandonné cette détermination au soin des héritiers à réserve (1).

Le testateur peut valablement, après avoir attribué la réserve à son fils, nommer un exécuteur testamentaire, chargé de la vente des biens, meubles et immeubles, formant la portion disponible pour que le prix soit employé à la constitution d'une rente viagère incessible et insaisissable au profit de ce même fils (2).

Notons que dans un cas tout spécial, le pouvoir donné à l'exécuteur de vendre les biens héréditaires pour en remettre le prix aux légataires serait sans efficacité. Il faut supposer que le défunt a laissé la totalité de son patrimoine sous forme de legs à ses héritiers ou à celui qu'il appelle seul comme légataire, et que celui-ci ou ceux-là renoncent au legs, afin de pouvoir venir à la succession comme héritiers ab intestat. Dans ce cas, en effet, la mission de l'exécuteur cesserait faute d'objet; pour qu'il puisse rester en fonction, il faudrait que le testateur ait spécialement prévu la répudiation de ses légataires et ait spécifié que son mandataire conserverait ses pouvoirs, malgré la renonciation des gratifiés, pour faire des biens un emploi déterminé.

2° Nous avons dit que les pouvoirs spécialement conférés à l'exécuteur testamentaire ne doi-

(1) Cass. 15 Février 1870 : S. 70. 1. 261.

(2) Paris, 7 Février 1850 : Dall. Per. 52. 2. 46.

vent être contraires ni aux prohibitions ni aux ordres de la loi.

C'est ainsi que le testateur ne pourrait lui donner la saisine des immeubles ; qu'il ne pourrait lui confier la détention du mobilier pour un délai plus long que l'an et jour. De même, le disposant ne peut décharger l'exécuteur de l'obligation de faire inventaire.

3° Enfin nous avons décidé que le mandat particulier dont peut être chargé l'exécuteur par une clause spéciale du testament ne doit être contraire ni à l'ordre public ni aux bonnes mœurs.

Cette condition est la conséquence du principe général, placé par le législateur dans l'art. 900, au début du titre consacré aux Donations et aux Testaments.

C'est pour ce motif que nos anciens auteurs annulaient la clause par laquelle le disposant donnait à l'exécuteur la charge de distribuer des sommes d'argent à des personnes qui n'étaient pas désignées d'une manière certaine (1). L'opinion de la Cour de Cassation est encore en ce sens (2).

Par un arrêt déjà cité à propos d'une autre question, la Cour de Paris a jugé que la disposition testamentaire par laquelle le testateur crée une fondation pour servir à perpétuité à l'éducation et à l'apprentissage de ses parents collatéraux, et charge dans ce but plusieurs exécuteurs de l'administration de cette fondation est nulle parce qu'elle est en réalité une libéralité faite à des personnes

(1) Furgole, n° 52.

(2) Cass. 17 Novembre 1863 : Dall. Per. 63. 1. 441.

incertaines ou à un être moral incapable de recevoir (1).

Cependant les tribunaux ont validé la libéralité faite au profit d'une œuvre de bienfaisance, bien qu'elle ait été en définitive attribuée à des œuvres autres que celle qui avait été désignée par le testament. Le motif est que le legs fait à des personnes certaines et capables ne peut être rendu inefficace par cela seul qu'il doit parvenir à des personnes incertaines déterminées ultérieurement (2).

La disposition ne peut davantage être considérée comme écrite en faveur d'une personne incertaine si le testateur contracte avec son exécuteur et charge ensuite celui-ci de faire du montant de l'obligation antérieurement consentie un emploi convenu lors du contrat, mais non rappelé dans le testament (3).

Un disposant prévoyant que des difficultés pourront s'élever soit entre héritiers et légataires, soit seulement entre ces derniers relativement à l'exécution du testament, peut-il décider que le jugement de ces contestations sera soumis d'une manière définitive et irrévocable à l'exécuteur testamentaire ?

Nous ne le croyons pas. Une telle disposition est contraire aux principes posés par le Code de Procédure en matière d'arbitrage. Toujours, en effet, les parties doivent avoir la liberté la plus absolue pour le choix des personnes à qui

(1) Pau, 7 Décembre, 1861 : S. 12.2.258.

(2) Cass., 1^{er} Juillet 1851 : S. 61.1.753.

(3) Nîmes, 23 Mai 1865 : S. 65.2.285.

elles entendent soumettre l'examen de leurs différends et on ne peut en aucun cas leur imposer la décision de quiconque n'aura point été désigné par elles. De plus, « n'est-ce pas une condition illicite au premier chef que celle qui prive un propriétaire de la protection du pouvoir judiciaire sous la garde duquel la Constitution même du pays a placé tous les droits privés ? » (1).

Le tribunal de la Seine l'a ainsi jugé. Il a déclaré que si l'exécuteur peut recevoir du disposant les pouvoirs les plus étendus pour éclaircir tous les doutes qui pourraient s'élever sur l'interprétation du testament, ce n'est là qu'une mission de pure conciliation et le testateur ne peut, sans porter atteinte au droit et à la puissance publics, constituer l'exécuteur testamentaire, en dehors des tribunaux établis par la loi, juge des litiges qui s'élèveraient entre ses héritiers (2).

SECTION II

Des fonctions de l'exécuteur testamentaire auquel le testateur n'a pas donné la saisine de son mobilier.

D'une manière générale on peut dire : l'exécuteur qui n'a pas été investi de la saisine du mobilier par le testateur est soumis à toutes les obligations imposées par l'art. 1031, à l'exception de celles qui ne résultent que de la détention des meubles.

(1) Demolombe : n° 92.

(2) Trib. de la Seine, 27 mai 1865 : Le Droit, 18 juin 1865.

L'exécuteur non saisi doit-il faire apposer les scellés et dresser un inventaire ? Certains auteurs ont pensé que ces formalités devaient toujours être remplies parce qu'elles étaient complètement indépendantes de toute idée de détention de biens et qu'elles étaient toujours utiles soit pour prévenir les abus que pourraient commettre les successeurs du défunt, soit tout au moins pour établir exactement la consistance des valeurs héréditaires (1).

D'autres jurisconsultes ont, à notre avis, émis une opinion plus satisfaisante en faisant une distinction. L'art. 1031, en imposant à l'exécuteur l'apposition des scellés et la confection d'un inventaire vise uniquement le cas où la saisine a été donnée au mandataire ; ce ne serait que par suite de la détention du mobilier que naîtrait la charge de procéder aux deux opérations ci-dessus indiquées. Cependant l'exécuteur non saisi ayant, en vertu de l'art. 1031, alin. 4, la mission générale de veiller à l'exécution des clauses du testament acquiert ainsi le pouvoir d'user des mesures conservatoires indiquées par le texte : mais il a dans ce cas toute liberté d'appréciation et les circonstances seules le guideront sur l'opportunité des moyens à employer pour remplir son mandat. (2)

L'obligation de rendre compte ne peut, nous l'avons vu déjà, être imposée à l'exécuteur testamentaire qui ne jouit pas de la saisine, car

(1) Troplong : t. IV, n° 2021. — Colmet de Santerre : t. IV, n° 176 bis, XII.

(2) Demolombe, n° 102. — Marcadé, sur l'art. 1031, n° 14.

elle suppose une gestion qui, dans notre hypothèse, fait complètement défaut.

La mission de l'exécuteur non saisi se résume en une surveillance. Faut-il dès lors permettre à ce mandataire (comme dans le cas où il a la saisine) de provoquer la vente du mobilier ?

Bien que M. Colmet de Santerre lui conteste ce droit (1), nous croyons néanmoins devoir le lui accorder : cette décision résulte de l'art. 1031. — 4°. Mais l'héritier reste tenu de l'acquittement des legs et c'est à lui que les gratifiés doivent s'adresser pour obtenir la délivrance des libéralités qui leur sont attribuées par le testament.

De même ce sont les héritiers ou légataires universels qui prennent en mains l'ensemble des biens héréditaires et c'est à eux seuls que doivent être versés les intérêts et les capitaux dus à la succession. Enfin c'est entre eux que doit être dirigée toute action relative à la composition active ou passive de l'hérédité.

La Cour de Paris a donc décidé avec raison que l'exécuteur testamentaire est sans qualité, s'il n'a pas la saisine, pour obtenir la conversion en titres au porteur d'actions nominatives immatriculées au nom du défunt (2).

(1) Colmet de Santerre, t. IV, n° 176 bis, XIV.

(2) Paris, 26 Juin 1878 : Dall. Per. 79. 2. 100.

CHAPITRE IV

De la cessation du mandat des exécuteurs testamentaires et de leur responsabilité.

SECTION I

Cessation du mandat de l'exécuteur testamentaire.

L'art. 1032 est le seul texte de la section que nous étudions qui se rapporte à cet objet. Mais la mort de l'exécuteur testamentaire n'est pas l'unique événement qui met fin à l'exécution. Nous aurons à signaler cinq autres cas dans lesquels les fonctions de l'exécuteur peuvent cesser.

1° *Mort de l'exécuteur testamentaire* : « Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire ne passeront point à ses héritiers », dit l'art. 1032. L'exécution du testament n'est en effet, comme nous l'avons vu, qu'une mission de confiance et d'amitié : il est donc certain que la charge doit disparaître avec celui que le disposant en avait jugé digne. C'est, du reste, la règle édictée d'une manière plus générale relativement au mandat qui, donné essentiellement aussi « *intuitu personae* », finit à la mort du mandataire.

Déjà nous avons fait observer au début de cette

étude qu'il y avait lieu de recourir aux principes du mandat lorsque le législateur n'avait pas édicté de dispositions spéciales en notre matière. Dès lors nous déciderons que les héritiers de l'exécuteur testamentaire décédé, comme ceux du mandataire ordinaire, sont tenus d'observer l'art. 2010 C. civ., c'est-à-dire de donner avis du décès de leur auteur aux intéressés et « de pourvoir en attendant à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de ceux-ci ». Ajoutons qu'ils sont également obligés de rendre compte des actes de gestion qu'ils auront accomplis pendant cette période transitoire.

Il est cependant une hypothèse dans laquelle la mort de celui qui a exercé les fonctions d'exécuteur testamentaire n'entraîne pas l'extinction de la charge, c'est lorsque le mandat aura été conféré à quelqu'un eu égard à sa qualité plutôt qu'en considération de sa personne même : c'est alors un être moral qui a la mission d'exécuter le testament. Pothier cite comme exemples la désignation « du doyen des notaires d'une ville, d'un bâtonnier de l'ordre des avocats, du curé d'une paroisse ». (1)

Lorsque l'une de ces personnes aura été nommée, ce sera son successeur dans ses fonctions qui continuera l'exécution. La seule difficulté qui pourra parfois se présenter à l'occasion d'une telle clause sera de discerner, si c'est véritablement au dignitaire ou au fonctionnaire, abstraction faite de son individualité, que le disposant a voulu confier l'accomplissement de ses dernières volon-

(1) Pothier, art. IV. — Ricard, n° 70.

tés, ou si c'est seulement par déférence pour le mandataire qu'il l'a indiqué par ses titres honorifiques.

2° *Exécution complète du testament*: car alors la mission de l'exécuteur doit cesser faute d'objet (1). Mais ce n'est pas à dire qu'elle prend fin à l'expiration du délai de saisine, ainsi que nous l'avons déjà fait observer.

Il a été jugé que les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire doivent être considérés comme terminés lorsqu'ils sont devenus sans utilité pour la réalisation de la volonté du testateur par suite de la délivrance des legs et de la fin des instances dans lesquelles l'exécuteur testamentaire aurait eu qualité pour intervenir. (2)

3° *Démission volontaire de l'exécuteur testamentaire*. Celui-ci ne peut être tenu de conserver malgré lui le mandat qui lui a été donné.

Rappelons que s'il peut répudier ses fonctions sans être obligé à aucune indemnité envers les héritiers et légataires, lorsqu'il y a pour lui un préjudice considérable à les continuer, il doit au contraire des dommages-intérêts quand, en se retirant, il n'obéit qu'à son seul caprice. Dans tous les cas il faut qu'il notifie sa renonciation aux intéressés par application de l'art. 2007 C. Civ. (3)

4° *Révocation ou destitution de l'exécuteur* prononcée en justice sur la demande des héritiers et des légataires.

(1) Aubry, et Rau t. VII, § 711 - 5°.

(2) Cass., 19 Avril 1859 : Dall. Per. 59. 1. 277.

(3) Colmet de Santerre, t. IV, n° 177 bis. — Aubry et Rau, t. VII, § 711 - 5°.

Il est en effet admis que si les héritiers et légataires n'ont aucun droit de révoquer eux-mêmes un mandataire qu'ils n'ont pas nommé, ils ont cependant la faculté de recourir à la justice pour faire écarter celui qui, par son incapacité ou sa mauvaise foi, lèse leurs intérêts. C'est donc aux tribunaux qu'il appartient d'apprécier suivant les circonstances et de prononcer en cas de nécessité la révocation ou la destitution de l'exécuteur inhabile ou infidèle (1).

Si le mandataire ne remplit pas exactement sa mission et si les intéressés répugnent à le faire écarter, ils pourront cependant l'assigner en vue de le forcer à exécuter le testament, ou au moins il leur sera permis de prendre certaines mesures conservatoires.

M. Laurent fait de plus observer que l'on peut trouver dans la loi elle-même le moyen de priver l'exécuteur de ses fonctions : il suffit en effet d'employer un des deux procédés indiqués par l'art. 1027. Les héritiers et légataires, dans ce cas, agiront en dommages-intérêts s'ils veulent obtenir la réparation du préjudice qui leur a été causé (2).

La révocation judiciaire pourrait même être prononcée, d'après la Cour de Lyon, alors que la gestion de l'exécuteur testamentaire aurait été reconnue parfaitement honnête, s'il résultait seulement des clauses du testament que les successeurs du défunt auraient à subir des entraves dans

(1) Liège, 11 Février 1834 : Dall. Alph. n^{os} 4128 et 4303. — Liège, 26 Juillet 1823 : S. VII. 2. 247.

(2) Laurent, t. XIV, n^o 383.

l'exercice de leurs droits de jouissance ou de propriété (1).

L'art. 2003 C. Civ. décide que le mandat prend fin par déconfiture du mandataire : faut-il l'appliquer aux exécuteurs testamentaires et dire que cet évènement survenant après leur entrée en fonctions permettra de faire prononcer en justice leur révocation ? Nous croyons que les héritiers et légataires pourront s'adresser aux tribunaux dans ce cas, car il n'y aurait plus alors pour eux aucune des garanties sur lesquelles le testateur avait dû compter (2).

Il ne pourrait toutefois être question d'exiger une caution de l'exécuteur ; la loi ne parle pas de cette mesure : on peut suppléer à son silence.

5° *Annulation du testament* : L'exécuteur ne tenant ses pouvoirs que du testament, il est évident que si la nullité de cet acte est prononcée, le mandat donné à l'exécuteur doit subir le sort des autres dispositions qui y étaient contenues et tomber avec elles.

6° *Suppression législative de la disposition en vue de laquelle l'exécuteur testamentaire avait été nommé* : si l'exécuteur avait été désigné pour surveiller la réalisation de la disposition faite par le testateur dans les limites d'une institution juridique et si ensuite le législateur abroge l'institution elle-même, les fonctions de l'exécuteur devront prendre fin puisqu'elles ne tenaient leur raison d'être que d'une clause désormais sans valeur.

(1) Lyon, 7 Avril 1835 : Dall. Alph., n° 4129.

(2) Colmet de Santerre, t. IV, n° 177 bis.

Par exemple, si le mandataire avait la mission d'assurer l'accomplissement d'un fideicommiss perpétuel, ses fonctions auront nécessairement cessé du jour où les lois relatives à l'abolition des substitutions ont été mises en vigueur (1).

C'est d'une manière complète et définitive que les six événements que nous avons cités mettent fin à l'exécution testamentaire. Celle-ci ne pourrait être confiée à un nouveau mandataire, alors même que toutes les volontés du testateur n'auraient pas encore reçu leur accomplissement. En effet, c'est au testateur seul qu'il appartient de désigner les personnes qui seront chargées de l'exécution, nul autre que lui ne peut procéder à cette nomination, et les tribunaux eux-mêmes ne pourraient en aucun cas agir sur la demande des intéressés pour remplacer le disposant à cet égard.

Cette opinion était également consacrée par la plupart de nos anciennes coutumes; quelques-unes cependant admettaient que l'on pouvait demander au juge de désigner un exécuteur, mais il n'y avait là qu'une exception généralement critiquée (2).

Aujourd'hui donc qu'il y ait refus d'accepter les fonctions, décès, démission ou révocation de l'exécuteur, le soin d'exécuter le testament sera confié à ceux qui auraient eu cette mission si aucun mandataire n'avait été nommé, c'est-à-dire aux héritiers du défunt ou à ses légataires universels, et ceux-ci ne pourraient contre leur

(1) Liège, 13 Janvier 1813 : Dev. Coll. Nouv. IV. 2.235.

(2) Furgole: n° 43.

gré être suppléés par un curateur désigné en justice (1).

Mais si la personne appelée à l'exécution testamentaire d'une succession qui doit revenir pour partie à des mineurs, refuse d'accepter la charge, la Cour de Cassation juge que le ministère public pourra conclure à la désignation d'un tiers; celui-ci, bien qu'il n'ait ni le titre ni les attributions spéciales d'un exécuteur, pourra néanmoins prendre les mesures nécessaires pour sauvegarder les intérêts des mineurs et leur assurer les avantages qui leur sont laissés par le testateur (2).

De ce que nous venons de dire, il résulte qu'un disposant désireux de confier la réalisation de ses dernières volontés à un mandataire spécial, agira prudemment en nommant plusieurs exécuteurs ou au moins en appelant un second au défaut du premier, ou un troisième au défaut du second et ainsi de suite, en spécifiant que ces derniers pourront seulement prendre la charge si ceux nommés avant eux cessent d'une manière quelconque de s'acquitter de leurs fonctions.

SECTION II

Responsabilité des exécuteurs testamentaires.

Au cours de sa mission, l'exécuteur aura de nombreux actes à accomplir et il est possible

(1) Aubry et Rau : t. VII. § 711 - 5^e, p. 457, note 45. — Caen, 13 Janvier 1823 : Dev. Coll. Nouv. VII. 2.155.

(2) Cass., 3 juin 1872 : S. 72.1.273.

que certains de ceux-ci causent un préjudice, soit aux héritiers, soit aux légataires, soit à des tiers. Il est dès lors nécessaire de reconnaître à son égard une certaine responsabilité.

Dans l'ancien droit on le considérait comme tenu de sa négligence et de sa faute légère, mais non de tout dol et de toute faute, à moins qu'il n'eut reçu quelque libéralité en considération de sa charge (1).

Aucun texte n'indiquant dans le Code Civil quelle est l'étendue de la responsabilité de l'exécuteur, nous emprunterons au Mandat les règles à suivre en notre matière. Nous dirons donc, en observant l'art. 1992, alin. 1, que l'exécuteur testamentaire, comme le mandataire ordinaire, « répond non-seulement de son dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion ». Toutefois il faut ajouter avec le législateur, que l'on doit être moins sévère dans l'appréciation de la responsabilité quant aux fautes lorsque le mandat est gratuit (art. 1992, alin. 2). La charge de l'exécuteur n'étant généralement pas salariée, il faut donc montrer une plus grande bienveillance, sauf à appliquer l'art. 1992, alin. 1, quand une libéralité a été laissée par le testateur en considération de l'exécution.

M. Laurent, qui repousse l'analogie de l'exécution testamentaire avec le mandat, admet par exception l'application des articles précités quand l'exécuteur ne reçoit aucune rétribution pour ses soins. Le motif invoqué par l'auteur est qu'à défaut des art. 1991 et 1992, les inté-

(1) Furgole, n° 84.

ressés ne pourraient fonder leurs réclamations que sur les art. 1382 et 1383 : or, ces textes ne peuvent être opposés dans notre cas. « L'exécuteur en acceptant la charge que le testateur lui confie s'oblige », c'est donc parce qu'il existe « un fait juridique analogue au mandat » que l'on peut mettre en vigueur les règles de ce contrat et qu'il est permis d'écarter les principes posés par la loi relativement aux délits et aux quasi-délits. (1).

Mais si l'exécuteur qui n'a reçu ni legs ni salaire doit être déclaré responsable dans une certaine mesure, les tribunaux auront toujours à rechercher en fait dans quelle proportion il doit la réparation du préjudice qu'il aura pu causer.

La jurisprudence a formellement reconnu le principe de la responsabilité de l'exécuteur ; elle a déclaré que celui-ci en acceptant le mandat à lui confié par le défunt s'oblige à l'exécution de ce mandat comme tout autre mandataire et qu'il est dès lors responsable de ses fautes ou de sa négligence (2). Voici maintenant de quelle manière ce principe a été appliqué dans les diverses espèces qui ont été soumises à la justice.

L'exécuteur devra surveiller l'exécution du testament avec plus de soin lorsqu'il recevra une rémunération pour les services rendus ; donc, n'eût-il point la saisine, il devra néanmoins être déclaré responsable de la cessation du paiement des arrérages de la rente envers le légataire particulier d'une rente viagère s'il n'a pas veillé à la

(1) Laurent : t. XIV, n° 376.

(2) Cass. 27 Août 1855 : S. 55. 1. 693.

réalisation de la clause testamentaire qui avait prévu un mode spécial de placement (1).

S'il a accepté de faire valoir une somme léguée à des enfants du testateur, il peut être condamné aux intérêts des intérêts faute d'emploi. (2).

Par le même arrêt, la Cour suprême a jugé que si, par un compte arrêté avant les lois qui ont créé le papier-monnaie entre un exécuteur et les héritiers du défunt, il a été alloué au premier une somme nécessaire pour payer des legs, la créance des légataires ayant une cause antérieure au papier-monnaie et ayant été établie et liquidée avant son émission, l'exécuteur testamentaire peut être condamné à la payer en argent, bien que les effets qu'il avait retenus pour y faire face, n'aient été acquittés lors de leur recouvrement qu'en papier-monnaie.

Lorsque l'état et la qualité de l'exécuteur testamentaire étaient connus du disposant, il y a lieu de décider que la responsabilité du premier doit être appréciée d'après cet état et cette qualité.

En particulier, un capitaine de navire choisi par le de cujus et n'ayant point de domicile au lieu de l'ouverture de la succession, ne peut être rendu responsable que de l'inaccomplissement des actes compatibles avec sa profession, car c'est dans cette mesure seulement qu'il a entendu s'engager et que le testateur est présumé avoir voulu lui imposer la charge (3).

(1) Paris, 7 Février 1830 : *Dall. Per.*, 52. 2. 46.

(2) *Cass. req.*, 22 Avril 1808 : *Dall. Alph.*, n° 4100.

(3) Agen, 18 Avril 1807 : *Dev. Coll.*, *Nouv. II*, 2. 228.

L'exécuteur testamentaire n'est pas obligé par suite du défaut de paiement des créances qu'il était spécialement tenu de faire rentrer s'il n'a pu se procurer l'original de ces créances ou avancer les frais trop considérables qu'aurait exigé leur recouvrement. On opposerait en vain que l'exécuteur testamentaire ayant accepté le legs qui lui est fait n'est qu'un mandataire salarié et qu'il doit par suite répondre de ses fautes (1).

Quant aux dépens des procès qu'il aurait soutenus pour assurer l'exécution du testament, il ne doit pas y être condamné personnellement, à moins que les contestations élevées par lui n'aient été reconnues évidemment mal fondées (2).

La question de savoir si l'exécuteur est responsable dans le cas où un débiteur qu'il n'a pas poursuivi est devenu insolvable et dans le cas où il a laissé des prescriptions s'accomplir sans y mettre obstacle, a été résolue différemment par les auteurs et les tribunaux.

MM. Toullier et Troplong ont adopté l'affirmative (3). La jurisprudence s'est prononcée en sens contraire dans ces mêmes hypothèses : elle déclare l'exécuteur indemne s'il a eu soin d'obéir à l'art. 1031, alin. 2, c'est-à-dire de faire inventaire (4). Mais cet arrêt ne peut être admis puisqu'il repose sur ce motif précédemment combattu que l'exécuteur testamentaire ne peut poursuivre le recouvrement des créances.

(1) Cass., 27 Mars 1827 : *Dall. Alph.*, n° 4094 - 2°.

(2) Bourges, 28 Floreal, an XIII : *Dev. Coll.*, *Nouv.* II, 2. 51.

(3) Toullier, t. V, n° 588. — Troplong, t. IV, n° 2002.

(4) Bruxelles, 3 Janvier 1824 : *Dall. Alph.*, n° 4092.

M. Coin-Delisle pense qu'il faut faire des distinctions, mais il ne les précise pas (1).

Pour nous, la réponse doit être différente suivant qu'il s'agit des héritiers ou des légataires. Les premiers n'ont aucun recours; ils pouvaient actionner directement les débiteurs avant qu'ils devinssent insolvable, or ils n'ont point usé du droit de poursuite qu'ils avaient concurremment avec l'exécuteur testamentaire. D'autre part ils avaient aussi la faculté d'empêcher la prescription de s'accomplir et ils sont restés dans l'inaction

Quant aux légataires, nous croyons au contraire qu'ils pourraient exiger de l'exécuteur la réparation du dommage qui leur a été causé par une négligence contre laquelle ils étaient dans l'impossibilité de se pourvoir. Décider autrement serait donner libre cours aux vexations du mandataire, encourager sa mauvaise foi ou même seulement son indifférence. (2).

Remarquons en terminant que l'exécuteur testamentaire pourra être déclaré responsable vis-à-vis de tous ceux qui ont intérêt à ce que les clauses du testament reçoivent leur exécution, c'est-à-dire qu'il sera tenu suivant les cas envers les héritiers, les légataires universels ou même envers les légataires à titre particulier.

(1) Coin-Delisle, sur l'art. 1031, n° 5.

(2) Comp. Paris, 7 Février 1850 : Dall. Per., 52. 2. 46.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. Dans le droit classique le consentement du père au mariage de son fils peut n'être que tacite.

II. L'« *infantia* » dure jusqu'à sept ans.

III. L'accession n'a jamais été à Rome un mode d'acquisition de la propriété.

IV. Il n'existe que deux degrés dans la faute contractuelle la « *culpa lata* » et la « *culpa levis* » qui s'apprécie tantôt « *in abstracto* », tantôt « *in concreto* ».

DROIT CIVIL

I. La majorité, lorsque l'heure de la naissance est constatée dans l'acte de naissance, s'acquiert « *de momento ad momentum*. »

II. On ne peut se pourvoir soit contre le consentement du conseil de famille au mariage du mineur, soit contre son refus de consentir.

III. Il ne résulte pas des termes de l'art. 816 C. Civ. qu'un acte écrit est nécessaire pour la validité du partage.

IV. La femme n'est pas tenue d'attendre la dissolution de la communauté pour exercer le retrait d'indivision.

DROIT CRIMINEL

I. Le délai pendant lequel doivent être encourues les condamnations susceptibles d'entraîner la rélégalion se calcule à partir de la date de la dernière condamnation.

II. C'est la qualification du fait et non la nature de la peine qui détermine la durée de la prescription.

DROIT INTERNATIONAL

I. Un déserteur français ayant appartenu à un régiment stationné sur le territoire continental, ne peut être ramené en France pour y être jugé par la juridiction militaire compétente s'il a été arrêté dans un pays soumis au protectorat de la France, à moins qu'un traité spécial avec le pays protégé n'autorise l'extradition pour le cas de désertion.

II. Le blocus n'est obligatoire que s'il est effectif.

Vu :

Le Professeur, président de la Thèse,
D. DANJON.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,
Edmond VILLEY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Caen,
E. ZEVORT.

TABLE

DROIT ROMAIN

	Pages
INTRODUCTION	1
CHAPITRE PREMIER. — De l'Institution d'un héritier. Effets de cette Institution	4
CHAPITRE DEUXIÈME. — Formes de l'Institution d'héritier.	32
CHAPITRE TROISIÈME. — Des Nodalités qui peuvent affecter l'Institution.	41
I. — De la Cause	41
II. — Du Modus	42
III. — Du Terme	44
Terme certain.	45
Terme incertain	47
IV. — De la condition	56
CHAPITRE QUATRIÈME. — Quelles sont les personnes qui peuvent être instituées.	69
I. — De la Factio Testamenti passiva.	72
II. — Du Jus capiendi	93
CHAPITRE CINQUIÈME. — Institution des Esclaves	102
I. — Institution d'un « Servus proprius »	103
II. — Institution des esclaves d'autrui	110
CHAPITRE SIXIÈME. — Partage de l'hérédité.	119

DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE PREMIER. — Origine et But de l'Institution des Exécuteurs testamentaires.	139
CHAPITRE DEUXIÈME. — Nature de l'exécution testamentaire. — Personnes qui peuvent en être chargées	150
SECTION I. — Application des règles générales du mandat aux exécuteurs testamentaires.	154

	Pages
SECTION II. — Règles spéciales à l'exécution testamentaire	167
CHAPITRE TROISIÈME. — Fonctions des Exécuteurs testamentaires.	194
SECTION I. — Des fonctions de l'exécuteur testamentaire auquel le testateur a donné la saisine de son mobilier	212
§ I. — Mesures conservatoires.	213
§ 2. — Acquiescement des legs mobiliers et vente dans ce but, s'il y a lieu, des meubles de la succession	227
§ III. — Exécution en général des dispositions du Testament et droit pour l'exécuteur testamentaire d'intervenir dans toutes les contestations auxquelles elles peuvent donner lieu. . . .	240
§ IV. — Obligation pour l'exécuteur de rendre compte de sa gestion	243
§ V. — Les articles 1025 à 1034 sont-ils limitatifs ou bien le testateur peut-il conférer à son exécuteur testamentaire des pouvoirs plus étendus que ceux qui lui sont attribués par le Code civil ?	253
SECTION II. — Des fonctions de l'exécuteur testamentaire auquel le testateur n'a pas donné la saisine de son mobilier. . . .	267
CHAPITRE QUATRIÈME. — De la Cessation du mandat des Exécuteurs testamentaires et de leur responsabilité.	270
SECTION I. — Cessation du mandat de l'exécuteur testamentaire	270
SECTION II. — Responsabilité des exécuteurs testamentaires	276
POSITIONS	282



